

Bases del Derecho de Cosas
y Principios Inmobiliario-Registrales:
Sistema español (*)

ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: *I. Preliminares:* 1. Nexo y necesario proemio en defensa de los Principios hipotecarios. 2. Sobre el modo de proceder en esta materia *II. Bases de nuestro Derecho de Cosas:* 1. Inmediación de los derechos reales. 2. Absolutividad o transcendencia. 3. Realismo y causalismo transmissivo. 4. *Numerus apertus*. 5. Seguridad del tráfico a través de la protección del tercero de buena fe. 6. Rigurosa especialidad de todos los derechos reales y publicidad registral absoluta y no constitutiva de los inmobiliarios. *III. Principios Hipotecarios:* 1. *Principios sustantivos:* 1.^o Principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito. 2.^o Principio de prioridad-rango. 3.^o Principio de legitimación o presunción de exactitud del Registro. 4.^o Principio de fe pública registral. 5.^o Principio de buena fe. 2. *Principios instrumentales u organizadores:* 1.^o Principio de publicidad formal. 2.^o Principio de especialidad o determinación. 3.^o Principio de registración por fincas o de folio real. 4.^o Principio de registración mediante inscripción. 5.^o Principio de rogación. 6.^o Principio de titulación auténtica 7.^o Principio de control de legalidad, o de calificación registral. 8.^o Principio de prioridad-cierre. 9.^o Principio de tracto sucesivo. *IV. Epílogo: El carácter rigurosamente civil de los Principios Hipotecarios.*

(*) Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto PB 94-1452, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación del Proyecto y por la financiación del mismo.

I. PRELIMINARES

1. NEXO Y NECESARIO PREMIO EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

En una entrega anterior mantuvimos la peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los arquetípicos modelos latino y germánico (1). El nuestro, haciendo del Registro de la Propiedad un instrumento-soporte de la confianza jurídicamente protegida de los terceros —distinto en esto al francés—, pero sin interferir, desnaturalizándolo, en el mecanismo adquisitivo ordinario, ni superponerse a la realidad extra-registral sofocándola innecesariamente —a diferencia ahora del alemán—, resulta ser un peculiar sistema, espiritualista y causalista, de publicidad (apariciencia jurídica) con plena eficacia positiva. Procede ahora razonarlo o justificarlo con mayor detalle, integrando nuestro sistema de publicidad inmobiliario-registral en el marco general de nuestro Derecho de Cosas y descomponiéndolo en los principios que estructuralmente lo conforman.

No se nos oculta que el enunciado de un propósito como el que se acaba de formular puede suscitar algún tipo de reservas: ¿No supone llamar de nuevo a los principios hipotecarios a una función explicadora del íntegro conjunto, que una parte importante de la doctrina se inclina hoy a negarles? Y más radicalmente: ¿es posible llegar a una determinación siquiera aproximadamente exacta y suficientemente objetiva de los principios hipotecarios como para pretender sobre ellos el consenso desde el cual emprender el camino hacia la explicación del sistema? Sin minimizar el peso de estas objeciones, creemos en el valor de los principios, y convenimos en que su utilidad explicadora sobrepasa largamente el peligro de su hipervaloración (2): mantenidos en su justa dimensión, afrontados en la debida perspectiva, y mutuamente relacionados entre sí, permiten obtener una cabal visión y comprensión del sistema; como la que nosotros ahora pretendemos, al abordar la explicación más detallada de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria como un conjunto normativo inspirado en la doctrina de la protección de la apariencia jurídica.

Las actitudes de prevención contra los principios hipotecarios se han producido en nuestra doctrina después de que Don Jerónimo Gon-

(1) Cfr. nuestro trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica*, en este ADC, 1994, II, pp. 21 ss.

(2) Cfr. STAUDINGER-SEILER (12 Auf. 1989) Einl zu §§ 854 ff. Zr 36, en relación con los principios del Derecho de Cosas: «Mit einer Übersicht über die leitenden Regelungsprinzipien werden Verständnis und Lösung sachenrechtlicher Fragen erleichtert und der Blick für die Eigenheiten des Sachenrechts geschärft. Solche Vorzüge überwiegen die Gefahr einer Überschätzung.»

zález destacara sus excelencias y los elevara a clave metodológica «para hacer llegar al gran público las coordenadas del sistema» (3). Aparte alguna singularidad puramente terminológica, referente a la denominación «principios» y tendente a su sustitución (4), la crítica de fondo contra una tal concepción encuentra su más detenida y pronunciada expresión en la obra de Sanz Fernández (5), a quien posteriormente han seguido Lacruz-Sancho (6)

(3) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. *Principios hipotecarios*. «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil», Madrid 1948. I, p. 291: «Estas grandes líneas directrices orientan al juzgador, economizan preceptos, facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoría de científicas.

Por eso el autor de este trabajo viene desde hace lustros preocupado con la idea y la tarea de poner de relieve los principios hipotecarios y se cree exonerado de buscar mayores justificaciones al método adoptado para hacer llegar al gran público las coordenadas del sistema»..

Es significativo que en CAMPUZANO Y HORMA, F.: *Elementos de Derecho Hipotecario*, 12.^a ed. Madrid 1931, pp. 59-66, los «principios» aparezcan todavía en forma poco destacada y bajo el epígrafe: «Caracteres principales de nuestro vigente sistema hipotecario». Efectivamente, y como es afirmación común (*cf.*, e.c. COSSIO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid 1956, p. 16). Don JERÓNIMO GONZÁLEZ es el introductor entre nosotros del estudio del Derecho Hipotecario a través de sus principios; la doctrina posterior se ha hecho eco de la ventajas que el gran hipotecarista les atribuía, repitiendo con frecuencia el párrafo transcrito al principio de esta nota, que, curiosamente, a veces se atribuye a ROCA SASTRE (así, e.c., ocurre en SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario I*, Madrid 1947, p. 231, y en CRISTÓBAL MONTES: *Introducción al Derecho Inmobiliario*, Zaragoza, 1986, p. 176). Una indicación sobre la significación de J. GONZÁLEZ como introductor de los principios hipotecarios y la reacción de la doctrina posterior, en CASTÁN: Prólogo a los «Estudios...», *cit.*: *La personalidad...*, p. XXIII, nota 31.

(4) Sería el caso de Don Ignacio DE CASSO ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed. revisada, ampliada y actualizada. Madrid 1951, pp 137-139, esp., 137, quien, considerando «ambiciosa en extremo» la denominación «principios», adopta en su lugar la de «presupuestos». Sobre esta denominación, baste el juicio de GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I Madrid 1988, p. 534: «Pero la expresión "presupuestos del sistema registral", aparte de haber sido un intento sin ningún éxito entre los autores, no se acomoda a la verdadera naturaleza de los principios hipotecarios, que no son algo previo y exterior al Derecho hipotecario, sino que están en el contenido del mismo Derecho Hipotecario, constituyendo su propia sustancia. Además, hay principios hipotecarios que actúan como "requisitos" de la inscripción, y otros como "efectos" de ella; pero no como presupuestos».

(5) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid 1945, pp. 3335; *vid.*, también. *Instituciones de Derecho Hipotecario I*, Madrid 1947, pp. esp. 231-234. Una réplica al mismo, en MARÍN PÉREZ, Pascual: *Los principios de la relación jurídica registral*. RDP 1947, pp. 658 664.

(6) *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1984. En el mismo Prólogo a esta edición indica LACRUZ el origen de la obra: unas «Lecciones de Derecho inmobiliario registral», publicadas en 1957, que «suponían una ruptura con la habitual exposición "por principios". Ya en la obra, p. 49, se dirá: «Entre algunos hipotecaristas se llega a exagerar el papel y función de estos principios, considerados entonces como la clave para sistematizar la materia registral. Personalmente, pensamos que no suministran, por sí mismos, un buen orden lógico para la exposición, siendo el expositor quien ha de agrupar primero los diversos órdenes de ideas, para poner luego el principio correspondiente al frente de cada capítulo». Más detallada e intensa la crítica, en la anterior edición de la misma obra. Barcelona 1968.

y Peña Bernaldo de Quirós (7). Hoy las aguas parecen vueltas a su cauce, y, sin que nadie pretenda hacer de los principios la panacea del Derecho Hipotecario, tampoco son infrecuentes las reivindicaciones de su valor como instrumento necesario para el conocimiento científico del sistema inmobiliario-registral (8). En nuestra opinión, ésta es la línea en la que se debe proseguir; mucho más cuando, como es ahora el caso, no se intenta hacer una exposición completa y en detalle de todo el heterogéneo contenido de nuestra Ley Hipotecaria, sino de captar la más nuclear inspiración del sistema de publicidad en ella establecido, y de explicar su configuración y desarrollo como derivación lógica de aquella inspiración originaria. Desde este punto de vista, el recurso a los principios hipotecarios nos parece, más que simplemente legítimo, de todo punto necesario.

Efectivamente, desde que la formulación general del Derecho tiende a concentrarse en la ley, y, consiguientemente, desde que ésta se ve en la necesidad de dar expresión completa al Derecho, la norma legal, estructurada y articulada en forma de código, tiene que construirse como un cuerpo sistemático. La necesidad de cohesión interna en el íntegro conjunto normativo, impone la elección, ante las distintas posibilidades, de sus principios básicos, y el desenvolvimiento de los mismos traducido en la continuidad de su influjo, determinante de la línea de tratamiento impuesta a los diferentes problemas previstos y resueltos dentro de su ámbito de irradiación. Esta a modo de vertebración de la ley codificada por sus principios, que en nuestra Codificación civil resulta tan patente desde la visión simultánea de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988 y el Código Civil, no podía dejar de producirse en la Ley Hipotecaria: De la Serna, el gran jurista cuya memoria va tan indisolublemente unida al feliz proceso de concepción, elaboración, redacción

(7) *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid 1982, pp. 537-538, de las que nos limitamos a transcribir lo dicho en la nota 12: «No obstante, hay obras que constituyen una notable aportación para el conocimiento del sistema registral y que siguen el método de exposición por los "principios", y entre ellas, muy señaladamente, la obra, extraordinaria, de ROCA. Pero sus resultados científicos no se dan por el método seguido, sino a pesar del método seguido».

(8) Es el caso, e.c., de GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 84: «Tradicionalmente, los autores, a partir de Jerónimo GONZÁLEZ, venían estudiando el Derecho Hipotecario a través de los llamados "principios hipotecarios". Modernamente, está surgiendo una corriente contraria a tales principios y a la sistematización a partir de los mismos, siguiendo otras directrices. En mi opinión, se ha exagerado la crítica a la doctrina de los "principios hipotecarios", que sigue siendo la base fundamental de una sistemática de Derecho Hipotecario. Ahora bien, hay que reconocer que en esta rama jurídica no todo son "principios hipotecarios"...». También, CHICO Y ORTIZ: *La publicidad efecto y la publicidad noticia*, RDP 1994, p. 146: «... solamente queda apuntar mi postura fiel tanto a la concepción de los principios y su enumeración, como a la valiosísima ayuda que prestan para el entendimiento del Derecho Hipotecario».

y explicación de la Ley, da explícita razón de su técnica codificada (9), y don Bienvenido Oliver, comentarista también de primerísima hora, la caracteriza y califica como ley *sistemática*: «verdadero Código o cuerpo sistemático de leyes» (10). Así debía ser necesariamente en una ley que nace con vocación muy conscientemente reformadora del anterior Derecho, y que, a partir de una muy lúcida y deliberada opción por la seguridad del tráfico inmobiliario, sin poder contar ni con la experiencia histórica ni con el dato iluminador de la ciencia del Derecho (11), se propone construir un sistema de publicidad inevitablemente complejo y de indudable influjo en el conjunto de las instituciones, especialmente civiles (12).

(9) GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, I, Madrid 1862, p. 154: «Se quería, como dijo entonces la Comisión de las Cortes, acomodar a los tiempos modernos las leyes esparcidas en los antiguos cuerpos legales, reducir las a sus primeros principios, y darles el orden, precisión y claridad indispensables para que fijaran de un modo estable y conveniente los derechos de los ciudadanos, las opiniones de los sabios y el juicio de los magistrados: se quería, en una palabra, no compilar, sino codificar».

(10) OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid 1892, p. 154: «La forma analítica y reglamentaria que, según acabo de demostrar, ostenta la Ley Hipotecaria, no fue obstáculo sin embargo para que sus autores, al redactar los numerosos preceptos que contiene, dejasen de inspirarse en los nuevos principios verdaderamente científicos que adoptaron como base fundamental de la misma; antes por el contrario, pusieron empeño singular en que cada uno de aquellos preceptos no fuese más que el desarrollo o desenvolvimiento de tales principios, llevados gradualmente hasta sus últimas consecuencias y aplicaciones hallándose, en su consecuencia, unidas y enlazadas de una manera armónica todas las disposiciones de la Ley, por lo mismo que todas reciben la fuerza y la vida de los nuevos principios aceptados por el legislador. Puede por lo mismo afirmarse que la Ley Hipotecaria es un verdadero Código o cuerpo sistemático de leyes».

(11) Así se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, p. 224 (citamos por su edición en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*. I. ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA. CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS. Madrid 1974): «Y esta desconfianza que naturalmente tiene la Comisión en todos sus trabajos, debe ser mayor al tratar del sistema hipotecario. No sucede respecto de él lo que en la mayor parte de las instituciones del Derecho Civil, en que la ciencia y la experiencia de una larga serie de siglos han llegado a formar reglas admitidas universalmente, y que vienen a formar el Derecho común de los pueblos civilizados.

La legislación hipotecaria, como sistema, es hoy objeto de grandes controversias: la última palabra de la ciencia respecto de las bases sobre que debe descansar, no ha sido pronunciada todavía. Las naciones de Europa están divididas en el modo de resolver las grandes cuestiones a que da lugar tan interesante parte de la legislación civil...».

(12) *Cf.*: la misma Exposición de Motivos, pp. 239-240: «... el proyecto cambia profun-
da y radicalmente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas; casi todas las disposiciones que hasta aquí han regido respecto a ellas, sufren en mayor o menor escala cambios importantes: el Derecho Civil experimenta alteraciones transcendentales: apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden de la familia, a la sociedad conyugal y a la potestad paterna; en el de tutelas y curadurías, a las relaciones entre el menor o incapacitado y los que están encargados de su guarda; en el de la propiedad y los demás derechos en la cosa, a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones; en el de las sucesiones, al respeto a la voluntad del testador o a la disposición de las leyes; en el de los contratos, a la seguridad del cumplimiento de muchos importantísimos.

En una situación tan marcadamente fundacional y de tanta trascendencia era imposible no detenerse en una muy ponderada y consciente elección de los principios más conducentes al fin propuesto; y no adoptar como programa el lógico desenvolvimiento de los mismos en la determinación de la línea a seguir en las sucesivas encrucijadas planteadas como presupuesto de hecho a lo largo de todo el proceso de explicitación normativa en la pergeñación de la Ley.

En efecto, ya en las *Concordancias* de García Goyena al Proyecto de 1851, da razón Luzuriaga del régimen previsto para la hipoteca y, mas generalmente, para el entonces denominado *Registro Público*, como resultado de una decidida aplicación y coherente desarrollo de los dos grandes principios caracterizadores del sistema alemán o germánico: los principios de publicidad y especialidad (13). Lo mismo puede comprobarse respecto de la Ley Hipotecaria con la sola lectura de su Exposición de Motivos. Concibe ésta a la Ley como un edificio asentado en *fundamentos cardinales* (14) y configurado por las bases y principios que conforman su sistema. Principio, base, fundamento, sistema ... son palabras que se repiten una y otra vez a lo largo de la Exposición de Motivos poniendo de manifiesto la lógica interna del concepto de publicidad que se acoge y la coherencia entre su desenvolvimiento y el modo de organización del Registro que la sirve y materializa. Aunque la comprobación, supuesta la lectura de la Exposición de Motivos, no sea necesaria, y, en todo caso, aunque no sea éste el momento de proceder a ella *in extenso* y con detalle, baste alguna muestra como ilustración de lo dicho.

La seguridad del tráfico inmobiliario o, en la terminología de los autores de la Ley, «la seguridad de la propiedad», será, en el nuestro como en cualquier otro posible, «la condición más esencial» del sistema

Todo está íntimamente ligado a la Ley de Hipotecas: a todo afecta gravemente el nuevo sistema; todo ha sido sujetado a revisión; todo ha sufrido grandes modificaciones...».

(13) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión Zaragoza 1974, p. 927: «La Comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y de *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*; sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro»; p. 942: «En el título anterior se han consagrado los principios de *publicidad* y de *especialidad* para las hipotecas; en este se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no solo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesan a la propiedad territorial».

(14) P. 223: «La Comisión de Codificación tiene el honor de elevar a manos de V. E. el adjunto Proyecto de Ley de Hipotecas. Al cumplir con este deber, cree que está en el caso de manifestar los fundamentos cardinales del Proyecto y las disposiciones más importantes que contiene».

hipotecario, o su más radical principio inspirador (15). Constituido, como materialización de la publicidad e instrumento al servicio del principio que la impone y determina sus efectos, el Registro de la Propiedad en su «primera base» (16), y adoptado para el mismo el principio de especialidad (17), —después de contrastados y ponderados los modelos comparados— se construye desde bases nuevas el sistema hipotecario (18) y se establece una forma de organización del Registro (19) que pueda garantizar al tercero en la confianza depositada en la apariencia jurídico-registral (20).

(15) Exposición de Motivos, pp. 226-227: «... la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada por el peso de su descrédito».

(16) *Ib.*, p. 226: «Que la inscripción, pues, o transcripción de la propiedad inmueble debe comprenderse en el proyecto, está fuera de toda duda: no sería reformar nuestra legislación hipotecaria en sentido progresivo, sino empeorarla, o mejor dicho, anularla por completo, si se prescinde de que la primera base de la Ley fuera el Registro de la Propiedad».

(17) *Ib.* p. 232: «... No puede decirse, en verdad, que la Ley de Enjuiciamiento Civil haya adoptado explícitamente el principio de que todas las hipotecas judiciales deban ser especiales y expresas: no podía adoptarlo, porque no era el lugar oportuno para hacerlo; pero al menos, por lo que a ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comisión proclama en este proyecto como únicos para lo sucesivo»; p. 282: «toma la Comisión al Derecho actual como punto de partida para establecer las reglas a que se han de ajustar las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban escritas en la ley, o son una derivación de ella, o consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el Proyecto».

(18) *Ib.* pp. 226-228: «Resuelto este primer punto, la Comisión tenía que decidir ante todo cuál era el sistema hipotecario que debía adoptarse. Esto, naturalmente, la empujó en el examen del mérito relativo de los dos sistemas que hoy dividen a los pueblos y a los hombres de ciencia. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luego debió ser desechado por la Comisión. Con él es incompatible el crédito territorial... Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatematizado: por eso puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia... No presenta tantos inconvenientes el sistema que, admitiendo la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, al lado de ella conserva hipotecas ocultas... Pero este sistema que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable a juicio de la Comisión. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspección de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor... No hay, pues, más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

(19) *Ib.* p. 307: «No ha tenido la Comisión que luchar con dificultades tan graves en esta parte del Proyecto [«Del modo de llevar los Registros»] como en todas las hasta aquí mencionadas. No hay que consultar en ella los derechos existentes, ni tratar de conciliarlos, ni establecer el difícilísimo tránsito de un sistema a otro basado sobre principios diferentes. Sin inconveniente alguno se puede adoptar un nuevo método de llevar los Registros y aceptarlo con todas sus consecuencias...».

(20) *Ib.* pp. 248-249: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente... El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la ley presume que renuncia su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente».

Este núcleo de proposición de fines y articulación de medios estará siempre presente en la explicación del sentido de la Ley y en la justificación de sus determinaciones. Así, por ejemplo:

En la caracterización jurídico-privada y civil de la publicidad inmobiliario-registral, en abierto contraste con su configuración marcadamente fiscal en el Derecho francés:

«Esta manera que tiene la Comisión de considerar la Ley Hipotecaria, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del Proyecto que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo, a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa...» (21).

En la justificación del principio de que lo no publicado no perjudica a tercero, extendido en la Ley a materias ajenas a la hipoteca, pero interferidas por la publicidad y sus resultados:

«Ya queda expuesto anteriormente que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una de las bases de la Ley. La Comisión, que lo ha admitido sin excepción, ha consignado como consecuencia indeclinable que debía tener fuerza aun contra acreedores singularmente privilegiados. En esto ha reformado el antiguo Derecho tan solo en la parte que se refiere a las hipotecas, porque el privilegio nunca ha alcanzado a los demás derechos reales Otras innovaciones no menos transcendentales introduce el Proyecto en el antiguo Derecho respecto a las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro.

Las innovaciones que con este motivo ha introducido la Comisión se refieren a la revocación de las donaciones, al retracto legal por causa de venta, a las rescisiones de las ventas por no haberse pagado el todo o parte del precio al comprador, y por haberse vendido y entregado a un segundo comprador lo vendido antes a otro, a las rescisiones por lesión

(21) *Ib.* p. 238:

enorme y enormísima, a la restitución in integrum, y a la rescisión de enajenaciones hechas en fraude de acreedores...» (22).

En la fundamentación del después llamado principio de prioridad:

«En el sistema de la Comisión no cabe fijar un término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero necesitan la inscripción. En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido a otro por error a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble ...

No es extensivo ésto a las hipotecas: la anterior, no inscrita, será postergada a la que de fecha más moderna se inscribió más pronto: aquí ya no existe peligro alguno; si la finca hipotecada basta para pagar a ambos, ninguno queda perjudicado; si no alcanza a tanto, el que inscribió primero será siempre el atendido con preferencia; si sólo se puede cubrir el crédito del primero que inscribió, éste exclusivamente se aprovechará de la hipoteca» (23).

En la radical exclusión de las hipotecas generales y ocultas:

«Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro Derecho las generales: si prevalece el principio de la Comisión, quedarán desde luego reformadas todas las leyes que las prescriben o autorizan, y nada significará la cláusula de hipoteca general que en adelante se ponga en los contratos entre particulares, como de hecho no lo ha significado desde la creación de las contadurías de hipotecas. La hipoteca general, aunque se limite a los bienes presentes, y no se extienda, como es muy común, a los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta

(22) *Ib.* p. 249. También, y con mayor detalle, el texto anteriormente citado en la nota 12.

(23) *Ib.* pp. 248-249.

de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y a la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad» (24).

En la explicación del alcance de la anotación preventiva:

«Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de *hipoteca judicial*, debía sustituir la de *anotación preventiva*, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar, cuyo objeto es que en su día la sentencia tenga ejecución cumplida. Por razones fáciles de comprender sin necesidad de exponerlas, ha hecho extensiva esta denominación a las inscripciones de los derechos reales que aún no han llegado a su perfección, ni están consumados, o que son eventuales o transitorios, o que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanación antes de ser inscritos definitivamente en los registros. Este cambio de nomenclatura no es nuevo; el sistema germánico lo adopta con el nombre de *prenotación*.

El haber sido siempre y ser hoy entre nosotros especial la hipoteca judicial, liberta a la Comisión de la necesidad de entrar en la cuestión a que en otros países ha dado lugar la que se extiende sobre todos los bienes presentes y aun sobre los futuros. Al propósito de la Comisión basta decir que, recayendo siempre la hipoteca judicial sobre un hecho real determinado por la inscripción, cabe perfectamente dentro del sistema adoptado, porque ni perjudica al crédito territorial, ni disminuye el principio de la publicidad, base cardinal de la que nunca se prescinde en el proyecto» (25).

En la inspiración del régimen de la hipoteca voluntaria:

«No cree la Comisión necesario descender a otras disposiciones que o son una nueva confirmación del Derecho antiguo o una aplicación de los principios cardinales de la Ley, o una derivación de ellos. Nadie podrá desconocer los motivos que se han tenido en cuenta al escribirlas» (26).

(24) *Ib.* p. 231.

(25) *Ib.* p. 233.

(26) *Ib.* p. 283.

O, por último y para poner ya fin a este muestrario, en la determinación del régimen de la extinción y cancelación de los asientos registrales:

«El principio dominante en toda esta materia es que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero sino por su cancelación o por la inscripción de transferencia del dominio o del derecho real inscrito: que las anotaciones preventivas, no sólo se cancelan por la extinción del derecho anulado, sino también cuando se conviene en escritura o se dispone por providencia judicial convertirlas en inscripciones definitivas, y por último, que la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas no extingue por su propia virtud, en cuanto a las partes, los derechos inscritos a que afectan, surtiendo todos sus efectos en cuanto a terceros que después hayan adquirido o inscrito algún derecho. Estas reglas son una consecuencia de los principios adoptados por la Comisión, y que dominan en todo el Proyecto» (27).

Podrá concederse que a la altura de 1861 hay todavía poco rigor en la explicitación y enunciación separada de los singulares principios que informan la Ley Hipotecaria, pero lo que a la vista de los textos transcritos queda fuera de toda posible duda es que toda ella rezuma esa inequívoca concepción principal que permitió a Oliver caracterizarla como *sistemática* (28), y que, condensada en lo que De la Serna —ponente de su Exposición de Motivos (29) y autor de su primer comentario— llamaba la *filosofía o espíritu* (30) de la ley, proporcionó

(27) *Ib.* p. 263.

(28) *Cfr. supra*, nota 10. En conformidad con tal carácter afronta Oliver su estudio y comentario de la Ley —*cfr. op. cit.* p. 874—: «Para satisfacer aquella necesidad concebí muchos años ha el pensamiento, que desde luego comencé a poner en ejecución, de dar a conocer dicha Ley en la misma forma en que yo había llegado a adquirir el conocimiento de todos y cada uno de sus preceptos; es decir, transformados o convertidos éstos en *instituciones*, agrupadas entre sí en virtud de cierta trabazón interna, bajo un plan general que responda a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se propuso ordenar el legislador, o, en otros términos, en *forma sistemática*» (subr. del a.).

(29) «Fue ponente de la Exposición de Motivos el Sr. Gómez de la Serna», dice CÁRDENAS: *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, Madrid 1871, p. 149, nota 1. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 166, nota 1, se limita a indicar la Composición de la Comisión: «Componían entonces la Comisión de Codificación y suscribieron la Exposición de Motivos y el Proyecto de ley, los señores D. Manuel Cortina, D. Pedro Gómez de la Serna, D. Manuel García Gallardo, D. Francisco de Cárdenas, D. Pascual Bayarri, D. José Ibarra y D. Juan Manuel González Acevedo».

(30) SERNA: *op. cit.* p. 175: «...la participación que se tiene en los secretos del legislador, alienta para seguirlo hasta las últimas consecuencias que emanan de los principios fundamentales de su obra, la imaginación se pone en actividad, el talento se ejercita, y la memoria no necesita hacer tantos esfuerzos, porque la filosofía de la ley, más fácil de retener que su texto, impide que éste se olvide por completo»; *Id.* p. 508: «... no basta que los principios establecidos en las leyes sean buenos y aceptables, es menester también que el legislador los desenvuelva para su aplicación práctica, hasta el punto de que no quede a arbitrio de los que han de ejecutar las leyes, desnaturalizarlas, ya por no comprender su espíritu...».

a éste la guía explicadora de la misma (31) como desenvolvimiento de los principios de publicidad y especialidad. Es que, aunque los principios estén siempre subyacentes en la obra del legislador, no es tarea de éste distinguirlos entre los vectores que forman la trama de la ley, seleccionarlos en su condición de tales acotando el específico ámbito de irradiación de cada uno de ellos, y darles nombre propio. Todo eso es competencia de la doctrina y presupone un cierto desarrollo en los estudios de comentario e interpretación del texto de la ley. Se comprende bien, por tanto, que en la literatura jurídica más próxima a la aparición de la Ley Hipotecaria, en los balbuceos de la ciencia de la publicidad registral, sólo destacaran los principios de publicidad y especialidad como «los cardinales que informan la ley» —según con frecuencia se decía— y proporcionan la *ultima ratio* del conjunto de sus disposiciones. Será más adelante, cuando el acervo de doctrina hipotecaria se enriquezca —entre nosotros como fuera de nuestras fronteras—, cuando se haga posible la floración de los principios hipotecarios, que en nuestra patria encuentra su más explícita y significativa expresión en la obra de Don Jerónimo González fechada en 1931 precisamente con el título «Principios Hipotecarios». No es que ahora por primera vez salga a luz una concepción principal de la Ley Hipotecaria, es sólo que ahora salta a primer plano el intento de distinguir y explicitar los principios que la informan y de obtener desde ellos la mejor y más completa comprensión y exposición del contenido de la Ley. Pero será también, justamente ahora, cuando los principios, en el cenit de su protagonismo, entren en crisis y, envueltos en la polémica —si no son rechazados— inicien el descenso a los terrenos menos combatidos de la indiferencia. De todas formas, justo es observarlo, su huella habrá quedado grabada en los más inmediatos aledaños de la Ley. La *Exposición* de la de 30 de diciembre de 1944 supone el espaldarazo a los principios. Principalmente se concibe la Ley de 1861, y, no estimándose indispensable «una honda innovación en nuestros cardinales principios hipotecarios», se acomete tan sólo el desenvolvimiento «con la necesaria amplitud y en forma más orgánica», de los «principios tímidamente invocados o de modo fragmentario acogidos por los autores de aquel texto legislativo», ya que «hoy día, la generalidad de los autores están persuadidos de que el sistema vigente, más que una profunda y total reforma, necesita desarrollar y aplicar sus principios en toda su integridad y extensión». Así concebida la reforma, no es extraño que la *Exposición* de Motivos de la ley se estructure como un recorrido a través

(31) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 32: «No debemos aquí descender a otros pormenores: ocasión oportuna se presentará de hacerlo en los Comentarios, al explicar los principios fundamentales de la ley...». *Id.* pp. 173-174: «... necesario es penetrar en la voluntad misma del legislador, investigar el objeto que se propone, estudiar los principios en que se funda y examinar con cuidadoso afán el modo de desenvolverlos».

de los principios de inscripción (32), legitimación, fe pública registral, especialidad y tracto sucesivo.

Efectivamente, es que, supuesta —como no puede ser menos— la racional coherencia de la ley, hay que contar necesariamente en su estudio con los principios que la informan. En nuestra opinión, tiene razón Carretero cuando constata que tales principios se imponen incluso a los tratadistas más reacios a su valor (33). Con todo, teniendo a la vista los reparos de la corriente crítica, será conveniente, antes de entrar en su exposición, dedicar unas líneas a la precisión del concepto «principios» en su aplicación específicamente hipotecaria, y a las pautas necesarias para la corrección y fecundidad de su empleo.

En cuanto a la precisión del concepto, casi podría decirse que cualquier problematización en ella resultaría artificiosa: hay práctica unanimidad en que la idea de los «principios hipotecarios» no evoca ni la de los últimos principios en su significado filosófico, como axiomas racionales o verdades de evidencia, ni siquiera la de los principios jurídicos directamente conectados con el Derecho Natural y, en condición de tales, entitativamente previos y superiores a los principios de *jus positum*; se limitan los principios hipotecarios a ser «principios post-legales o consecuenciales a la ley» (34), es decir: principios exponentes de una libre opción del legislador ante las posibles alternativas (35), que, por su carácter básico, al mismo tiempo que informan la ley y le imprimen su característico signo regulador (36), determinan la línea de su

(32) Con buen criterio —y a diferencia de lo que ocurre en el tratamiento doctrinal de la materia— la Exposición de Motivos no utiliza la expresión «principio de inscripción» al ocuparse de razonar lo atinente al significado y valor de la inscripción en nuestro sistema registral.

(33) CARRETERO GARCÍA, Tirso: *Los principios hipotecarios y el Derecho comparado*. RCDI 1974, p. 31: «Nuestros tratadistas, incluso los más reacios al empleo de la expresión, no saben prescindir de ellos, y sus desarrollos son siempre algo más que una mera glosa de la ley».

(34) Para el sentido exacto que atribuimos a esta expresión, *cfr.* nuestro trabajo: *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho*, Madrid 1990, pp. esp. 67-72, y, antes, en este mismo ADC, 1988, pp. 504-508.

(35) *Cfr.* COSSÍO: *op. cit.* p. 15: «Tales principios no son axiomas inconcusos, sino más bien creaciones técnicas, instrumentos idóneos, para conseguir en la realidad las finalidades específicas perseguidas por la institución registral ...»; DE CASSO: *op. cit.* p. 138: «Pero tal noción del «principio» nos parece ambiciosa con exceso, aplicada a los llamados entre nosotros «principios hipotecarios», porque no puede decirse que éstos sean *axiomas o postulados universales* incontestables, ni tampoco verdades *primeras* inconcusas ... Son, más bien, rasgos típicos, características o «presupuestos» de un buen sistema registral, como lo es el alemán, o las bases o *supuestos previos* para su adecuada organización». *Vid* también, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1947 pp. 226-229.

(36) *Cfr.* CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 175: «Consideración liminar ha sido que al lado del concepto lógico y filosófico del principio cabe el concepto jurídico del mismo, el cual no tiene por qué suponer una verdad inmutable y evidente por sí, un axioma inconcuso, sino basta se configure como una orientación general, como una dirección fundamental que, informando al ordenamiento inmobiliario y dotándole de sentido unitario, merece elevarse a la categoría de regla caracterizadora, de rasgo típico del sistema registral».

coherente desarrollo. Consisten, pues, en la espina dorsal, ideas-fuerza (37), o líneas directrices (38) de la Ley, en los criterios fundamentales (39) que, tras haber inspirado la Ley (40), de ella se extraen y se deducen (41). Es evidente que de esta acotación del concepto «principios hipotecarios» deriva la justificación de la peculiar utilidad de los mismos: Al permitir extraer la «filosofía de la ley», se convierten en el connatural instrumento de su conocimiento racional o científico. Lo destacó ya De la Serna (42) y posteriormente lo expresó, en sí mismo y en sus consecuencias, Don Jerónimo González: porque los principios elevan la investigación a la categoría de científica, proporcionan la triple ventaja de permitir al legislador la economía de preceptos, orientar al juzgador en su cometido, y facilitar al estudioso su tarea propia (43).

(37) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 48: «... lo que podríamos llamar las «ideas-fuerza» de nuestro ordenamiento inmobiliario registral ... Mas los principios son, sobre todo, y desde que se inicia la génesis de la Ley, como la espina dorsal de su redacción...».

(38) De «líneas directrices» habla D. Jerónimo GONZÁLEZ, *Cfr. Principios hipotecarios*, Estudios... I, p. 291.

(39) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed 1979, I p. 183: «En cuanto al concepto estos principios pueden considerarse como el resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia, manifestada en una serie de *criterios fundamentales, orientaciones esenciales* o *líneas directrices* del sistema inmobiliario registral español».

(40) Para GIMÉNEZ ARNAU, Enrique: *Tratado de Legislación Hipotecaria* I, Madrid 1941, p. 25, los principios «constituyen una a modo de orientación o dirección fundamental de la que los preceptos concretos pueden considerarse como derivaciones lógicas».

(41) *Cfr.* RAMOS FOLQUES, Rafael: *Lexicografía hipotecaria. Su necesidad. Los principios en la Filosofía y en la ciencia del Derecho; en el Derecho positivo; los Principios Generales del Derecho; la fisonomía del Derecho Hipotecario español; significación de los Principios hipotecarios en España*, RCDI 1947, p. 150: «La enunciación de principios hipotecarios, labor científicamente encauzada por D. Jerónimo, sin darle desde luego un valor puramente filosófico, ha sido una operación inductiva, y así, todas aquellas normas que por su alcance y generalidad presidían las operaciones registrales... se han llamado principios hipotecarios». LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.*: «Entendemos aquí por *principios hipotecarios* aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria española, formuladas directamente en ella u obtenidas por inducción de sus preceptos...»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 537: «En realidad, los principios hipotecarios son manifestaciones del Derecho positivo, por lo que tienen el mismo valor que los preceptos de los que emanan. Por tanto, no se trata de elevarlos a principios generales, ni de darlos un valor por encima de la Ley, sino el resultante de la propia Ley. Se trata, en una forma concisa y sistemática, de expresar lo que la misma Ley dice».

(42) *Op. cit.* p. 175: «Cuando el estudio de las leyes se hace de esta manera, desaparece la aridez que fatiga a los que lo cultivan; la participación que se tiene de los secretos del legislador, alienta para seguirlo hasta las últimas consecuencias que emanan de los principios fundamentales de su obra, la imaginación se pone en actividad, el talento se ejercita, y la memoria no necesita hacer tantos esfuerzos, porque la filosofía de la ley, más fácil de retener que su texto [sic], impide que éste se olvide por completo».

(43) Es el texto, después tan repetido: «Estas grandes líneas orientan al juzgador, economizan preceptos, facilitan el estudio de la materia y elevan las investigaciones a la categoría de científicas» *Cfr. Principios hipotecarios*, Estudios, I, p. 291.

Aparte de ello, naturalmente, los principios, por serlo y en tanto que efectivamente informadores de la Ley, cumplirán su correspondiente función de guía interpretadora y elemento integrador de la misma (44). Si alguna virtualidad implica en Derecho la noción misma de principio es la de trascender la norma que concretamente lo aplica en cada singular supuesto de hecho.

Tampoco es difícil señalar cuáles han de ser las pautas para la correcta y fecunda utilización de los principios hipotecarios. Es claro que debe rehuirse toda tendencia excesiva, tanto hacia la multiplicación como hacia el reduccionismo: ni descomponerlos hasta elevar cualquier derivación a principio, ni reducirlos de forma que todo quede encerrado en el principio de seguridad del tráfico jurídico (45). Debe, igualmente, distinguirse entre ellos, al menos, entre principios materiales o referidos a los efectos de la publicidad y principios formales o atinentes a la organización del Registro y a los requisitos de la inscripción; sólo así podrá superarse la objeción de que los principios no pueden proporcionar el orden sistemático de exposición del régimen de la publicidad registral (46).

Finalmente, habrá de atenderse mucho a que los principios —en tanto que informadores de la Ley y extraídos o deducidos de ella— lo son, en nuestro caso, de nuestro concreto Ordenamiento; lo que, al mismo tiempo que nos permitirá sortear la acusación de mimetismo

(44) Referencia a la función interpretadora, e.c., en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 48, y en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* ps. 536-537. A dicha función y a la integradora, en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 231-232. Se aparta de esta visión VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, López y López - Montes Penadés (Coords.), Valencia 1994, p. 803: «Desde un punto de vista técnico [los llamados principios hipotecarios] no son auténticos principios, de los que se pueda predicar una función integradora del sistema y, por supuesto, no alcanzan, en ningún caso, la categoría de principios generales del Derecho».

(45) Ha sido SANZ FERNÁNDEZ —*op. cit.* pp., esp., 227, 229 y 232— quien con más énfasis ha denunciado los peligros del exceso multiplicador y la consiguiente dosis de arbitrariedad que puede introducir en la determinación de los principios. El propio autor es quien llega a afirmar, en reacción contra esta tendencia, que, en rigor, sólo serían auténticos principios los de publicidad de los derechos y protección del tráfico jurídico.

(46) La objeción puede verse formulada en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 232-233: «Los principios hipotecarios no sirven para la exposición sistemática del Derecho inmobiliario; por el contrario, son perturbadores para la misma, toda vez que impiden la debida valoración de sus preceptos, mezclan las normas sustantivas y las de mero procedimiento ...». También, en LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 49: «Personalmente pensamos que no suministran por sí mismos, un buen orden lógico para la exposición ...», y en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.* p. 538: «La denominación de cada uno manifiesta la falta de naturaleza homogénea: unas veces se alude con ellos a ideas cardinales de naturaleza normativa (ejemplo, principio de buena fe); otras, son simples índices de cuestiones poco expresivos sobre el criterio aceptado en el sistema español (ejemplo, principio del consentimiento, principio de inscripción). La exposición del Derecho Registral por sus (convencionales) principios dificulta la visión del sistema registral».

germanista (47), nos situará en óptimas condiciones para afrontar nuestro sistema de publicidad desde una visión comparatista, como con tanto énfasis ha propugnado entre nosotros Tirso Carretero (48). Así utilizados los principios, creemos que el recurso a ellos es no sólo útil; puede ser, además de necesario, suficiente cuando, como es ahora nuestro propósito y según ya hemos advertido, de lo que se trata no es de abordar el estudio de la completa y heterogénea Ley Hipotecaria, sino de ceñirnos a la interpretación de nuestro sistema de publicidad inmobiliario-registral. Parece fuera de duda que todo sistema resulta de la coordinación de los principios que lo configuran.

2. SOBRE EL MODO DE PROCEDER EN ESTA MATERIA

Comprobada y razonada la concepción principal de la Ley Hipotecaria, queda abierto el camino hacia la determinación de los principios que internamente la vertebran y configuran. El empeño podría parecer difícil y comprometido si se le acometiera con ánimo dogmático-definitorio, atados a una delimitación unívoca y estricta del concepto «principio» y con la intención de llegar a una enumeración absolutamente objetiva, rígida y exacta —completa en los que enuncia y excluyente de cualquier otro— de los principios hipotecarios. No es esa nuestra disposición en este momento; ni la materia la padece (49), ni resulta necesaria a nuestro propósito. Supuesto el dato cierto de la regulación legal, la determinación de los principios que la informan es tarea que implica en sí misma alguna dosis de subjetivismo, tanto en lo que se refiere a la amplitud o extensión que se atribuya al propio concepto de «principio», como en la selección, dentro del entramado legal, de los criterios que, por su proyección e incidencia en la conformación

(47) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed 1968), p. 63: «... se desorbita entre algunos hipotecaristas españoles el concepto y papel de estos *principios*, ya por perderse de vista su estricta relación con cada ordenamiento jurídico concreto (así, hablan muchos de un "principio de inscripción" en el Derecho hipotecario español, sin darse cuenta de que la palabra *Eintragungsprinzip* significa, abreviadamente, que un ordenamiento exige la inscripción como requisito de los cambios, por negocio jurídico, en los derechos reales) ...».

(48) *Los principios hipotecarios y el Derecho comparado*, RCDI 1974, p. 33: «... el método comparatista es el único idóneo para la investigación de esos principios, en Derecho inmobiliario registral más que en ninguna otra rama jurídica».

(49) Convenimos con DE CASSO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed Madrid 1951, p. 139, en que: «No puede afirmarse que exista un número fijo de ellos. Serán tantos como rasgos fundamentales pueda estimarse que informan el sistema de Registro adoptado».

de la Ley, merezcan ser elevados a la condición de tal (50). Conscientes de ello, a nosotros, que no pretendemos ahora más que obtener la visión panorámica desde la cual captar la peculiaridad de nuestro sistema hipotecario (51), nos es posible una actitud más desembarazada, y bastante un cometido más sencillo: desechando el rigor de las opiniones restrictivas que limitarían los principios hipotecarios a sólo uno (52), o, a lo más, a dos (53), vamos a atenernos como pauta a la relación de principios que, como tales, han recibido algún refrendo legal (54) y que han sido admitidos por el común de la doctrina (55). Nos basta con ello para situarnos en una adecuada concepción de los principios, que nos sirva de punto de partida en nuestro intento de apurar y perfilar en el contraste de su entronque con la peculiar inspiración de nuestro sistema hipotecario.

(50) Puede verse así reconocido en JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios Hipotecarios*. «Estudios ... I, p. 294: «por último ha de advertirse que, como el paso de una norma general a la categoría de principio depende, a veces, de la mayor o menor impresión que la verdad produzca en el ánimo del investigador, o de la amplitud con que el tema aparezca a sus ojos, quedan justificadas las variantes, sin mengua de la evidencia interna de la orientación». Sobre este dato, SANZ FERNÁNDEZ —*Instituciones*, I, p. 232— objeto a la determinación de los principios hipotecarios un «grave vicio de origen: la arbitrariedad».

(51) La obtención de esta visión en panorámica del sistema es la principal ventaja de los principios. Cfr. STAUDINGER-SEILER: *Einl I zu § 854 ff.*, Rz 38: «Mit einer Übersicht über die leitenden Regelungsprinzipien werden Verständnis und Lösung sachenrechtlicher Fragen erleichtert und der Blick für die Eigenheiten des Sachenrechts geschärft. Solche Vorzüge überwiegen die Gefahr einer Überschätzung».

(52) En esta línea apunta GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.* p. 25, al indicar que el primer principio, en lo jurídico y en lo cronológico, sería el principio de publicidad, del cual derivarían, como corolarios, los de integridad, veracidad, oficialidad o legalidad y notoriedad. Algo similar puede verse en DE CASSO: *op. cit.* p. 167: «Nosotros entendemos que ese presupuesto superior, y quizá el único al que pueda darse con justeza el nombre de "principio" registral, es el de *publicidad*, del cual emanan o derivan los de *legitimación y fe pública* registral».

(53) Es el caso de SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 227: «acaso los únicos principios que ... se podrían sostener en toda su pureza serían los de *publicidad y protección del tráfico jurídico*», y 229: «Ya hemos visto que dentro de una concepción teórica y puramente científica, los únicos principios básicos que se podrían descubrir en todos los sistemas hipotecarios quedarían reducidos a dos: *Publicidad de los derechos reales y protección de la seguridad del tráfico de inmuebles*».

(54) *Ad rem*, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 234: «No obstante, en nuestras leyes hipotecarias se ha llegado a hablar de los principios hipotecarios».

La ley Hipotecaria de 1861 formuló, en su exposición de motivos, los principios de publicidad y especialidad, únicos desenvueltos por la doctrina científica de la época.

En la actualidad, la Ley de 1944 ha hablado con más extensión de los principios hipotecarios. La disposición adicional segunda, al regular la autorización para publicar el nuevo texto de la ley Hipotecaria, decía que había de hacerse sin mengua de los principios fundamentales del sistema. Y en su preámbulo menciona los principios de especialidad, tracto sucesivo, legitimación, fe pública, buena fe».

(55) Pueden verse, *ad exemplum*, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, *cit.* pp. 291-296; DE CASSO: *op. cit.* p. 139; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 229-231; COSSIO: *op. cit.* pp. 15-18; ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 183-188; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) pp. 48-59; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* pp. 176-186.

Por otra parte, siendo necesariamente heterogéneo y complejo el Derecho de la publicidad inmobiliaria, al tener que abarcar tanto los efectos de la publicidad, como la organización del Registro y el acceso de las titularidades inscribibles al mismo, parece obvio que al menos esta distinción deba llevarnos a diferenciar entre principios hipotecarios sustantivos o materiales y principios organizativos y formales (56). Es cierto que tal clasificación puede no ser del todo nítida; que no es difícil, sino más bien connatural y necesaria, la íntima comunicación entre lo sustantivo y lo adjetivo (57).

(56) Tal distinción, aunque con variantes o añadidos, parece prácticamente impresa. MORREL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria* 1 2.^a ed. 1925, pp. 80-82, distingue: A) Principios sustantivos, 1.^o Primarios o fundamentales (Individuación de la finca, Transcendencia de los derechos reales y prioridad o rango entre los mismos, y Tracto sucesivo) y 2.^o Secundarios o derivados (Especialidad, Publicidad, Legalidad); B) Principios adjetivos: 1.^o Normas de organización de los Registros, y 2.^o Normas de funcionamiento. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 230-231, distingue: «A) Principios que regulan la esfera de actuación del Derecho Inmobiliario: *principio de inscripción*, dentro del cual, y como precedente necesario, debe recogerse la teoría del título y el modo. B) Principios que gobiernan los requisitos previos o presupuestos de la inscripción: *titulación auténtica, principio de rogación, principio del tracto sucesivo y principio de legalidad*. C) Principios que gobiernan los efectos de la inscripción: *principio de prioridad, principio de legitimación y principio de la fe pública*. D) Principios que gobiernan la organización del Registro y fijación de los derechos reales: *principio de especialidad*. No convencido respecto de la distinción entre principios sustantivos y adjetivos se manifestaba JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. cit.* p. 295: «Por otra parte, la clasificación de los principios hipotecarios en sustantivos y adjetivos no es clara. Basta detenerse unos momentos a examinar el orden en que aparecen en los textos citados y los calificativos con que se matizan, para comprender que la mezcla de lo material y de lo formal, que caracteriza a los estudios hipotecarios, aflora también en las cimas doctrinales»; actitud en la que igualmente se manifiesta ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 188, aun cuando terminando por decantarse en favor de la clasificación: «La clasificación de los principios hipotecarios se ha verificado desde distintos puntos de vista, pero la más interesante es la seguida por ciertos autores alemanes, algunos de los cuales señala JERÓNIMO GONZÁLEZ, que los clasifican en principios *sustantivos* o *materiales* y principios *adjetivos* o *de procedimiento*, si bien el citado jurista no estima clara esta clasificación. No creemos que se pueda ser devoto, ni mucho menos, de la virtud de esta clasificación, pero sí que la confrontación de algunos principios hipotecarios revela la existencia de tal diferenciación entre ellos, como ocurre si se compara el principio de *fe pública* con el de *tracto sucesivo*, por ejemplo». En nuestra doctrina más reciente, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 537-539, tras rechazar como artificial la distinción que se atenga a aspectos formales y materiales, clasifica los principios según se refieran a los efectos de la inscripción o a los requisitos de la misma.

(57) Para MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht* 1, 5 Auf. Berlín 1957, pp. 287-294, el principio de consentimiento se manifiesta materialmente en el *Einigungs-Grundsatz* y formalmente en el *Bewilligungsprinzip*; el de inscripción, materialmente en el valor constitutivo de la inscripción, y formalmente, cuando ésta sólo alcanza valor declarativo; el de publicidad, materialmente en la legitimación y en la fe pública registral, y formalmente en la mostrabilidad del Registro a quien acredite interés; el de especialidad, materialmente actúa como principio del Derecho de Cosas, formalmente en su aplicación al asiento registral; el de prioridad o rango, materialmente en el *Locus-prinzip* (§ 879 BGB), formalmente en la orden de práctica de la inscripción para posibilitar el rango (§ 45 GBO). Los principios de legalidad y rogación serían sólo principios formales.

De todas formas creemos preferible la adopción de este criterio clasificatorio a prescindir del mínimo de sistematización que el mismo representa, o a sustituirlo por el meramente temporal (principios previos, simultáneos y posteriores a la inscripción [58]), que, aunque muy pedagógico, sin desmentir totalmente el que hemos propuesto, atiende a un criterio de muy poco valor sistematizador.

Pero, a su vez, el Derecho sustantivo de la publicidad inmobiliario-registral tiene que estar en conexión y coherencia con las grandes líneas del régimen de los derechos reales (*Sachenrecht*). Ni valdría un Sistema de derechos reales desmentido por el de la publicidad inmobiliaria, ni sería admisible que el Sistema registral viniera a hacer violencia al régimen de los derechos a cuyo servicio se pone el mecanismo de la publicidad. Implica ello que, como previo a la determinación de los principios hipotecarios, hayamos de atender, aunque sea brevemente, a la de las bases del Derecho de Cosas, en las cuales los principios registrales encuentran su necesario punto de engarce dentro del conjunto normativo referido a los derechos reales inmobiliarios. Es éste el proceder habitual en la doctrina alemana, donde bases del Derecho de cosas (*Grundsätze des Sachenrechts* o *Prinzipien des Sachenrechts*) y principios inmobiliarios (*Grundsätze des Immobiliarsachenrechts*) aparecen, cuando no entremezclados, como dos niveles de idéntica orientación aun cuando de distinta concreción, en el segundo de los cuales se entreveran, formando unidad, los principios registrales (59). Algo de ello puede verse también en nuestros autores, concretamente, en Morrell (60), González Martínez (61), De Casso (62), y Lacruz-Sancho (63).

(58) Así, CHICO ORTIZ: *op. cit.* pp. 173-178: Previos: legalidad y rogación; simultáneos: prioridad, especialidad y tracto sucesivo; posteriores: legitimación y fe pública registral.

(59) Así puede verse en STAUDINGER-SEILER: Einl zu §§ 854 ffRz 36-61 (*Prinzipien des Sachenrechts: Absolutheit, Numerus clausus, Abstraltheit, Spezialität, Publizität, Akzessorietät*) y STAUDINGER-ERTL: Vorbem zu §§ 873-902 Rz 23 (*Grundsätze des Immobiliarsachenrechts*, donde, junto a los más generales principios de absolutividad, *numerus clausus* y abstracción, se enumeran el principio de consentimiento material (*materielles Konsensprinzip*), de inscripción (*Eintragungsprinzip* o *Buchungsprinzip*), publicidad (en su doble proyección de fe pública registral —§§ 892-893 BGB— y legitimación —§ 891—), rango (*Ranggrundsatz*) y especialidad (*Beshmrmheitsgrundsatz* o *Spezialitätsprinzip*). Es que, como se indica en MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 287, el Derecho sustantivo de la publicidad registral penenece al régimen de los derechos reales.

(60) *Op. cit.* pág. 22: «Teniendo el Derecho inmobiliario por objeto principal reglamentar los derechos que recaen sobre los bienes inmuebles, necesitamos tomar como punto de partida esos mismos derechos, arrancando del concepto de propiedad, exponiendo ciertas ideas generales sobre la misma, sobre los derechos reales en general, sobre los llamados título y modo de adquirir y sobre el requisito de su publicidad».

(61) Quien, como es sabido, inicia el tratamiento de los singulares principios hipotecarios estudiando la teoría del título y el modo (Cfr. *Principios Hipotecarios*, ed. 1931, pp. 19-102).

(62) Quien, tras poner de manifiesto la íntima conexión entre los principios hipotecarios y la concepción general del «Derecho de cosas», enumera entre las características de nuestro sistema registral el criterio de *numerus apertus* de los derechos reales inscribibles (*Derecho Hipotecario*, *cit.* pp. 67-68).

(63) Quienes en la edición de 1968 de su *Derecho Inmobiliario Registral*, pp. 62-65, exponiendo, como alternativa a los principios hipotecarios, las que denominan «reglas fundamentales del Registro español», incluyen entre ellas la de adquisición extra-registral de los derechos reales, de acuerdo con el sistema del título y el modo.

Supuestas las anteriores observaciones, el orden lógico de la exposición a partir de este momento debe ser el inverso al seguido hasta ahora. Habremos de dedicarnos, en primer lugar, a la indicación de las bases de nuestro Derecho de Cosas; a continuación haremos la relación de los principios —sustantivos y adjetivos— de nuestro sistema registral, y, finalmente, tras dicha relación y antes de entrar en la exposición y fundamentación más detenida de cada uno de tales principios, habremos de hacer expresa y razonada exclusión de aquellos otros que, a veces propuestos en nuestra doctrina, son en realidad incompatibles con la inspiración general de nuestro sistema y con la ley que en concreto lo conforma. Naturalmente, en esta parte previa a la exposición de los principios específicamente hipotecarios, hemos de limitarnos al máximo, atendiendo sólo a lo esencial y procurando la mayor brevedad posible.

II. BASES DE NUESTRO DERECHO DE COSAS

Comenzando por la indicación de las bases del Derecho de Cosas, podrían señalarse en nuestro sistema las siguientes: 1.^a Inmediación e inherencia de los derechos reales; 2.^a absolutividad o transcendencia de los mismos; 3.^a realismo y causalismo de su mecanismo transmisor; 4.^a *numerus apertus*; 5.^a seguridad del tráfico a través de la protección de los terceros de buena fe; 6.^a rigurosa especialidad de todos los derechos reales y publicidad registral absoluta y no constitutiva de los inmobiliarios.

1. *Inmediación e inherencia de los derechos reales.* En la doctrina alemana es habitual comenzar la relación de las bases del Derecho de Cosas haciendo referencia a la absolutividad de los derechos reales. A nuestro juicio, la nota de la inmediación es, al menos, tan caracterizadora del derecho real como la de su absolutividad, y en el orden lógico debe precederla por constituir su peculiar fundamento. En efecto, la absolutividad, que al ser nota también de los que Windscheid destacaba como derechos sobre la propia persona (*Rechte an der eigenen Person*) (64) no es nota exclusiva de los derechos reales (65), se fundamenta en éstos como una consecuencia de su inmediatividad. Porque el derecho real consiste en un poder inmediato y directo en la cosa, constituye una situación jurídica inherente a la misma, que, sin intermediación de prestación debitoria alguna, impone a todos en general un deber de respeto. Sabemos que esta caracterización del derecho real dista mucho de

(64) WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9 Auf. I (reimpresión 1984), pp. 166 y ss., esp. 173-175.

(65) WINDSCHEID: *op. cit.* pp. 176: «*Die persönlichen Rechte sind relative Rechte. Die dinglichen Rechte und die Rechte an der eigene Person sind absolute Rechte*».

ser pacífica en el planteamiento dogmático de la figura, pero no es éste el lugar ni la ocasión para entrar con detenimiento en la polémica. Baste retener que, al ser el derecho real —según su concepción clásica, incólume, a nuestro juicio, tras los intentos de su revisión— un poder en la cosa, proyecta inmediatamente sobre ella una situación de Derecho que todos han de respetar.

2. *Absolutividad o transcendencia.* De absolutividad se habla en la doctrina alemana; en la nuestra Morell emplea para designarla el término «transcendencia» (66). Significa que los derechos reales se proyectan *erga omnes*, por todos deben ser respetados y, en consecuencia, contra todos deben resultar protegidos (67). Según lo antes dicho a propósito de la inherencia, la absolutividad, aunque nota no exclusiva del derecho real, constituye una de sus características, con peculiar o específico fundamento, en este campo, al ser pura derivación de aquella. A la inmediatidad, pues, más que a la absolutividad, ha de atribuirse, a nuestro juicio, la condición de llave para la comprensión de las demás bases del Derecho de Cosas, que en la doctrina alemana se atribuye a ésta última (68). El principio o base de la absolutividad o transcendencia tiene una importante consecuencia que ya en este lugar debe ser resaltada: Si el derecho real, por serlo, es un derecho absoluto, no puede mantenerse para el mismo, sin contradicción con su concepto, la posibilidad de una duplicidad transmisiva que, según se la entienda operar a través de la inscripción registral o de la entrega que sigue al contrato, dé lugar, respectivamente, a la adquisición de un derecho absoluto o valedero *erga omnes*, o a un derecho relativo, esto es: eficaz sólo *inter partes* (69).

(66) MORELL Y TERRY: *op. cit.* p. 80, enumerando los *principios sustantivos* de nuestro sistema registral: «2.º El de *transcendencia de los derechos reales ...*».

(67) Así, en STAUDINGER-SEILER, *cit.* Rz 37: «Die Bezeichnung "absolut" soll sich auf ihre Wirkungen beziehen: Dingliche Rechte sind gegen jedermann gerichtet, von jedermann zu beachten und daher gegen jedermann geschützt». En términos sustancialmente similares, MORELL: *op. et loc. ant. cit.*: «... para que sean respetados por la colectividad y perjudiquen a todo posterior adquirente».

(68) De nuevo, STAUDINGER-SEILER: *loc. cit.*: «Das so verstandene Absolutheitsprinzip gibt den Schlüssel zum Verständnis weiterer Sachenrechtsgrundsätze. Denn die weitreichenden Wirkungen der dinglichen Rechte, insbesondere der umfassende Rechtsschutz, nötigen auf der anderen Seite aus Gründen der Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und des "Freiheitsschutzes" zu weitgehenden Einschränkungen der Gestaltungsmöglichkeiten und zu anderen Sonderregelungen».

(69) Lo mantiene, e. c., DE CASSO: *op. cit.* p. 68: «Consecuencia de ello: Que en nuestro Derecho quedaron vigentes *dos modos* de adquirir o transmitir el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles: 1.º Por la *inscripción*, según el artículo 25 de la Ley Hipotecaria de 1861, *erga omnes* (contra los que no inscribieron y contra los que inscriben con fecha *posterior*). 2.º Por el *contrato*, *entre los contratantes*, o por los demás medios que señala el artículo 1473 del Código civil ...». También, VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*. RCDI 1949, p. 301: «Este sentido de la Ley Hipotecaria del 61 y de sus antecedentes dando valor constitutivo a la inscripción respecto de tercero, se recogió en el vigente Código civil, principalmente en los arts. 462, 606, el 608 y el 1473, que no están en contradicción con el 609 del mismo Código, que al establecer el modo de adquirir mediante la tradición, se refiere sólo al modo de adquirir derechos reales relativos sobre bienes inmuebles, regidos por el Código civil en tanto en cuanto no actúe la inscripción ...».

Si efectivamente se adquiere un derecho real, se le ha de adquirir tal como el derecho real es en sí mismo: caracterizado por la nota de su natural transcendencia u oponibilidad *erga omnes*. Una cosa es que el Derecho pueda supeditar, en favor de terceros desconocedores de buena fe, la oponibilidad de los derechos reales inmobiliarios a la inscripción de los mismos, y otra bien diferente, que el derecho adquirido carezca por completo de su peculiar oponibilidad hasta el momento de su inscripción. Buena prueba de ello es que, sin inscripción, el derecho real perjudica a los terceros que saben de su existencia.

3. *Realismo y causalismo del sistema transmisivo*. Es éste uno de los puntos donde decididamente nuestro Derecho de Cosas se mantiene distinto a los habituales modelos comparados. Francia, posteriormente seguida por Italia y Portugal, siguiendo las modernas conquistas del Derecho de la Ilustración, sustituyó el clásico sistema del título y el modo para erigir en pieza característica del *Code Napoleon* el de transmisión *solo consensu*; en el extremo opuesto, Alemania, pretendiendo servir a la seguridad del tráfico y haciéndose eco de una errada interpretación de las filentes romanas por Savigny, instaurará en el BGB el complejo y artificioso mecanismo de la transmisión mediante negocio, distinto al obligacional que lo precede, real y abstracto (*durch Einigung; Trennungsprinzip y Abstraktionsprinzip*) (70). Es claro que el sistema de transmisión puramente consensual, aparte de incoherente con la caracterización del derecho real como poder inmediato y directo en la cosa —lo que parece implicar la actualidad posesoria—, es lo más contrario que pueda imaginarse a la natural visibilidad de los derechos reales y a la seguridad del tráfico (71); pero demasiado ufanos de su Código estaban los autores franceses como para poder plantear sin escándalo la posibilidad de rectificarlo en este punto al instaurar en 1855 su sistema de publicidad inmobiliaria (72). A su vez, la pirueta alemana del negocio de transmisión real y abstracto, si llega a lograr la seguridad del tráfico, es tan claramente en contra del buen sentido y de la invencible sensación de la realidad e intuición de la justicia, que hoy, en la misma Alemania, toman progresivamente cuerpo las orientaciones revisionistas (73). Ningún paralelo, felizmente, en nuestro

(70) Sobre ello, *cf.*: STAUDINGER-SEILER, *op. cit.* Rz 48 y 49.

(71) Así se reconoce, *e.c.*, en MAZEAUD (H. et L.)-MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, T. III, 2.^a ed. París 1963, p. 511: «Cette conception du rôle du contrat, plus satisfaisante sur le plan philosophique, est pleine de dangers pour les tiers qu'aucun signe n'avertit désormais de la modification de la situation de l'immeuble».

(72) Una muestra importante, en TROPLONG: *Droit civil expliqué. Privilèges et hypothèques. Commentaire de la loi du 23 mars 1855 SUR LA TRANSCRIPTION en matière hypothécaire*. París 1864, pág. 161: «Elle ne détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d'après lequel la propriété se transmet, entre les parties contractantes, par la seule puissance du consentement. Ce principe est une des bases du Code Napoleon; il fait un des ses principaux mérites; et c'eût été rétrograder que de l'effacer ou d'y porter atteinte».

(73) De nuevo, STAUDINGER-SEILER, *cit.* Rz 50-53.

Derecho. El mantenimiento, en buena hora (74), del sistema del título y el modo en nuestro Código Civil, nos permite contar con un mecanismo transmisivo en el que, sin merma de la seguridad del tráfico, como después veremos, se salvan la realidad de los *iura in re* y la fundamentación en justicia y en Derecho de su transmisión voluntaria. La realidad de los *iura in re*, porque no llega a adquirirlos el que no es puesto, mediante la tradición o entrega, en la posesión de la cosa. La fundamentación de su transmisión, porque se hace depender ésta del negocio que remota o indirectamente la justifica. He aquí la peculiaridad realista y causalista de nuestro sistema transmisivo de los derechos reales.

4. «*Numerus apertus*» de los derechos reales. Punto también que favorablemente nos distingue, dentro de los sistemas de publicidad positiva, frente al arquetipo germánico o modelo alemán y a su variante suiza, es el básico principio de *numerus apertus* de los derechos reales; principio que, tanto él como su alternativa contraria: el *numerus clausus*, algo tiene que ver con el sistema transmisivo adoptado, con la jerarquización de los valores que deben inspirar el Derecho de Cosas, y con la misma organización del soporte material o físico de la publicidad registral; esto es: con la distribución del folio real.

Efectivamente, los sistemas germánicos se gobiernan en este punto desde el criterio del *numerus clausus*. Consiste el mismo, como es bien sabido, en la rígida tasación legal del número (*Typenfixierung*) y contenido (*Typenzwang*) de los derechos reales: sólo los legalmente previstos, y éstos sin posibilidad de alteración de su contenido típico. El principio se considera tan connatural a los derechos absolutos, que cualquier explicación o fundamentación del mismo se considera ociosa: lo justifican de forma evidente —se dice— las exigencias de seguridad y claridad del tráfico y de simplificación del Registro Inmobiliario (75).

Desde luego que la separación del negocio real-transmisivo respecto del obligatorio que le precede, facilita la concepción uniforme de unos derechos reales nacidos directamente del molde abstracto del contrato real, y, a través de este, ya fuera del Derecho de Obligaciones, donde al principio de la autonomía de la voluntad se reconoce su más

(74) Nos apartamos decididamente en este juicio de valor del que, en sentido contrario, manifestaba D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *loc. ult. cit.*, pp. 19-102, al exponer, magistralmente por otra parte, los orígenes y evolución histórica de la teoría del título y el modo, concepción que califica de «técnica inservible y deficiente» (p. 71), y de la que considera (p. 89) que la doctrina española se ha apartado: «La doctrina española ha conquistado, por lo tanto, el último baluarte de la técnica moderna y ha separado el acto transmisivo de la *cosa* (sic) *justa* en que se apoya».

(75) Sobre todo ello, *cf.*: STAUDINGER-SEILER, *cit.* Rz 38.

expedito campo de juego (76). La facilita, decimos, pero no es determinante: el contrato real o negocio transmisivo no deja, por ser real, de ser negocio; también a él podrían adjuntarse, de suyo, condiciones o modalidades que alteraran el contenido típico del derecho transmitido (77). Son, por ello, consideraciones de política jurídica las que van a terminar por imponer el criterio del *numerus clausus*: las ya indicadas exigencias del tráfico y, en no menor medida, la conveniencia de simplificación del Registro mediante el cómodo procedimiento del «encasillado» (78).

No ocurren así las cosas en nuestro Derecho. Ya el sistema del título y el modo, «haciendo dormir al derecho real en su cuna de

(76) Vid. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, RCDI 1949, p. 146: «c) Contratos reales. Para que el derecho real sea independiente y aislado de la obligación, la ley alemana, en contra de las latinas, crea compartimientos estancos para la obligación y para el derecho real. Obligaciones y derechos reales, nacen, viven y mueren, cada uno en su mundo, con completa independencia. Por eso hay contratos *obligacionales*, que crean obligaciones, y contratos *reales* que crean solamente derechos reales. El contrato real, desconocido en las legislaciones latinas y en la española, es abstracto, desconecta el derecho real de su causa, título u obligación precedente. Son como los juicios sintéticos *a priori*. Pero ya preguntaba Nietzsche a la filosofía de Kant ¿son posibles *a priori* niños vivos? Los niños y los derechos reales son *a posteriori*; nacen con figura humana, etc., pero después de un período de concepción y gestación, después de toda una abultada embriología. Los juicios sintéticos *a priori* de Kant o los derechos reales del B.G.B. son productos artificiales, sin contacto con la vida normal. Por eso unos y otros han sido objeto de fuertes repulsas en la misma teórica alemana de nuestros días».

(77) Así, WOLFF-REISER: *Derecho de Cosas*, I «Tratado de Derecho Civil», EN-NECCERUS-KIPP-WOLFF, 3.^a ed. Barcelona 1971, pp. 225-227.

(78) Cfr., para esa equiparación de motivos justificadores, STAUDINGER-SEILER: *loc. ant. cit.*: «... so wird das numerus clausus-Prinzip in der heutigen Dogmatik für notwendig gehalten und mit dem Bedürfnis nach Sicherheit, Klarheit und Vereinfachung (man denke nur an die grundbuchrechtlichen Schwierigkeiten) gerechtfertigt». En nuestra doctrina, para la conexión entre *numerus clausus*, facilitación de la labor del Registrador, y encasillado, SERRANO SERRANO, Ignacio: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales del la Universidad de Valladolid, n. 18-19 (enero-junio 1934) p. 5: «Se dirá: ¿entonces, qué ventaja tiene la adopción del sistema de *numerus clausus* si sigue la misma diversidad de derechos reales? Tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados. De esta forma se evita esa riquísima floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho; se facilita la labor del Registrador, en cuanto a su deber de calificación; se adquieren unos moldes fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas; se facilita en alto grado la gestión del Registro, y se deja expedito el camino de los derechos personales, para la satisfacción de las nuevas exigencias jurídicas»; COSSIO: *op. cit.* p. 91: «Descansa el sistema del número tasado de los derechos reales, en un doble número de consideraciones: ... 2.^o En el deseo de simplificar el sistema de los derechos facilitando el orden y claridad de los asientos registrales, que pueden, de esta forma adaptarse al cómodo sistema del encasillado».

obligaciones» (79), permite la irradiación del principio de la autonomía de la voluntad a la configuración de los mismos. Esto en nuestro Derecho es algo obvio: la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, pueden ser objeto del contrato (art. 1280, 1.^o), y como una manifestación de la libertad contractual explicaba DE LA SERNA la amplísima posibilidad de configuración de los derechos reales, tan claramente reconocida en la Ley Hipotecaria (80). Pero es que, sobre todo, nuestro Ordenamiento no ha sucumbido al atractivo de ese sacrificio de los fines a los medios que en otros sistemas ha llevado a la instauración del *numerus clausus*. No deja de causar cierta sorpresa que la llamada «libertad fundiaria» pueda sobreponerse a la libertad personal impidiendo a los particulares la adaptación de los derechos reales a sus singulares intereses (81). Ni la claridad y seguridad del tráfico dejan de ser valores instrumentales, llamados por ello en buena política jurídica a subordinarse a los intereses a cuyo servicio se ordena el mismo tráfico de bienes. Y nada se diga de la distribución del folio registral mediante el sistema del encasillado: nunca puede ser más clara la subversión de los medios y su imposición sobre los fines

(79) La expresión es de NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ... cit.* p. 146. Éste es el párrafo completo: «b) *Numerus clausus*. - Los seres independientes tienen su personalidad aislada, fija y determinada. No hay más derechos reales que los exhaustivamente señalados en el Código. Son plazas limitadas. La autonomía de la voluntad no puede crear nuevos derechos reales y, aunque muy difícilmente los puede yuxtaponer, desde luego no los puede mezclar y confundir. Las legislaciones latinas, y también la española, haciendo dormir al derecho real en su cuna de obligaciones, mantiene el sistema literal contrario: el *numerus apertus*. La voluntad puede crear y configurar derechos reales».

(80) DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 454-455: «... no todos los derechos, actos y contratos que pueden llevarse al registro, tienen denominación en las leyes: no carecen de él sin duda los más usuales, pero al lado de ellos hay una regla que permite la libre contratación en todo lo que ni el derecho ni la moral se ofenden, y dentro de estos anchos límites caben muchas combinaciones que en vano procuraría agotar el legislador, por casuísticas que hiciera las leyes, y mucho menos si conociendo la índole de su misión, las inconveniencias de empeñarse en resolver soberanamente lo que solo puede ser obra de la jurisprudencia, y la inutilidad de hacerlo, porque entrando en este camino, la materia es infinita, se circunscribe a dictar reglas para los casos frecuentes y algunas disposiciones generales respecto a todos los derechos y obligaciones que no formula bajo denominaciones especiales. Esto es lo que hacen todos los códigos civiles modernos».

(81) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid 1978, p. 94: «Por último se observará que entran en juego razonamientos y argumentaciones que son de política general, de política jurídica y de política económica. La tesis del *numerus clausus* parece fundada en el principio de libertad fundiaria y de libertad del comercio de la tierra, que trata de impedir la amortización de la propiedad, de evitar la multiplicación de cargas y gravámenes y de facilitar el comercio de las propiedades y los cálculos de los adquirentes, esto es, un interés social general, frente a los intereses concretos en que pueda fundarse la constitución del derecho real. Todo ello, naturalmente, dando por supuesto que la libertad de comercio constituye un *desideratum*».

que cuando la simplificación del Registro se erige en causa justificadora de la limitación de los derechos que, por ser reales, serían inscribibles, y de la negación de la natural libertad que a los particulares corresponde para configurarlos a la medida de los propios intereses. Nuestro Ordenamiento, sabiendo poner cada cosa en su sitio, ha venido a consagrar un sistema abierto donde los derechos reales, sin tasa legal y libremente configurables, tienen acceso a un Registro que, con folio real pero sin encasillado, puede reflejarlos en la peculiaridad de su conformación y contenido, dándoles de este modo la cognoscibilidad necesaria en un tráfico cuya ordenación conjuga adecuadamente el respeto a los intereses individuales dignos de tutela con las exigencias instrumentales de la seguridad y la claridad.

Es verdad que en nuestra doctrina no siempre se han visto las cosas tal como hasta aquí las venimos exponiendo. El *numerus clausus* se ha considerado a veces como un *desideratum* (82); se ha dicho que la cuestión relativa a él o a su contrario no está en nuestro Derecho legalmente resuelta (83); se han traído razones en favor del sistema número-clausista, tanto de política jurídica —mayor transcendencia económica y social de los derechos reales; garantía de limitar la tutela del Derecho a intereses dignos de ella (84)— como de estricta dogmática del Derecho

(82) CAMPUZANO: *Elementos*, cit. p. 124: «A su vez, el Código civil debía haber adoptado el criterio del *numerus clausus*, haciendo una enumeración tasada de los derechos reales»; pp. 252-253: «En primer lugar, se debe hacer notar que la determinación de la naturaleza del derecho, con arreglo a los preceptos citados, se ha de hacer con referencia al nombre con que sea conocido, lo cual, a nuestro entender, es sumamente vago e impreciso. Lo más acertado sería que la legislación estableciera el principio del *numerus clausus*, determinado por medio de una lista, los derechos que tenían la consideración de reales y las facultades y obligaciones que la construcción jurídica de cada uno de ellos implicaba. En esta forma bastaría con referirse al derecho real consignado en la ley para que se conociera con toda exactitud su naturaleza»; DE CASSO: *op. cit.* pp. 286-287: «El artículo 2.º debiera haber enunciado los derechos reales inscribibles con carácter cerrado (*numerus clausus*), para evitar las actuales vacilaciones de los Registradores, que califican con criterio dispar, y también de la jurisprudencia, ante las nuevas figuras ideadas por la inventiva en la contratación. Aun cuando la doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección van limitando mucho esas nuevas figuras, sin embargo, es preferible un sistema "cerrado", enunciado en la Ley. En cambio, el nuevo R.H. parece propender a fomentarlas (artículos 7.º y 8.º)».

(83) Díez-PICAZO: *Fundamentos*, cit. pp. 82-84, finaliza el examen de la cuestión a la luz de los preceptos legales y reglamentarios vigentes, diciendo: «Lo que en rigor dicen la L.H. y el R.H. es que se inscriben en el Registro los derechos reales, pero el señalar cuáles son éstos parece que es algo que no corresponde a la Ley del Registro, sino al C.C., por donde la cuestión queda sin resolver». Debe notarse, sin embargo, que más adelante (p. 96) afirma: «Que en nuestro Derecho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del *numerus apertus*, es algo que no se puede dudar».

(84) Cossío: *op. cit.* p. 91: «Descansa el sistema del número tasado de los derechos reales, en un doble número de consideraciones: 1.º En el deseo de proteger solamente mediante derechos de eficacia real, aquellos intereses tradicionalmente reconocidos, y mantener alejados de la vida jurídica aquellos tipos de derecho real que no responden a necesidades comprobadas. Precisamente el carácter absoluto y permanente de las relaciones jurídicas reales; el amplio círculo de intereses que por ellas son afectados, hace que la autonomía de la voluntad deba, en ellas, ser objeto de una mayor limitación que en las relaciones obligatorias».

—el contenido del pacto no puede salir de la relación *inter partes* (85)—; se ha terminado minimizando la peculiaridad de nuestro Derecho en este punto, diciendo que los límites impuestos al *numerus apertus* por las propias exigencias institucionales del derecho real aproximan nuestro sistema a los de *numerus clausus* (86).

En nuestra opinión ninguna de estas manifestaciones o reservas tienen sólido fundamento. ¿Un *desideratum* el *numerus clausus* cuando su propio rigor le hace saltar, teniéndose que abrir un portillo, allí donde está establecido, a las determinaciones voluntarias de los particulares (87), que, no cabiendo en la estrechez del encasillado, fuerzan a la consulta complementaria del *Eintragungsvermerks* (§ 874 BGB) en Alemania (88), y llevan en Suiza a un desbordamiento de las «anotaciones atípicas», que, en expresión de DESCHENAU se han venido a convertir en los últimos años en el recurso del legislador para hacer oponibles a terceros las modificaciones introducidas por los particulares al régimen de los derechos reales (89)?

(85) Así, DÍEZ-PICAZO: *Autonomía privada y derechos reales*, en «Homenaje a Roca Sastre» II, p. 326. Le sigue AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo. VII, 2, Madrid 1978, p. 275. También LACRUZ-SANCHO: *Elementos de Derecho Civil* III, vol. 1.^o, 1.^a parte, Zaragoza 1987, p. 27: «También el argumento *ex art. 1255* queda en cuestión si se repara en que tal precepto, cuando establece la libertad de crear *obligaciones*, lo hace dentro de un esquema rígido de lo que es la *obligación* o el crédito, y además con eficacia *inter partes*».

(86) Con remisión a ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 350: «Estas limitaciones, unidas a la circunstancia de que las diversas utilidades o servicios que de las fincas pueden obtenerse a título de derecho real en cosa ajena, están conseguidas con los derechos reales tradicionalmente admitidos en sus diversas formas, reducen de tal modo la libre determinación de los particulares que se ha podido decir por algún autor que de hecho y en el fondo nuestro Derecho positivo sigue la doctrina del *numerus clausus*»; LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed. Zaragoza 1984, p. 89: «Hay, pues, un número *relativamente limitado* de derechos sobre las cosas (inmuebles, en nuestro caso)».

(87) COSSÍO: *Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria*, en «Anales de la Universidad Hispalense» 1945, pp. 132-133: «No se nos ocultan, ciertamente, las ventajas que ofrece, en cuanto a la configuración de los derechos reales, el llamado sistema del *numerus clausus*, al dar una mayor fijeza de contornos, y una más intensa seguridad al tráfico de aquellos, simplificando extraordinariamente las operaciones registrales y facilitando el examen de los libros; pero es lo cierto que aun aquellos Códigos que, como el alemán y el suizo, le consagran en su articulado, dejan siempre abierto un portillo para que puedan llegar a la existencia jurídica e ingresar en las hojas registrales, las más variadas y complejas relaciones, y es que, como decía Goethe, la ciencia es pobre frente a la riqueza palpante de la vida».

(88) *Cfr.* STAUDINGER-ERTL., *ad* § 874, Rz 11.

(89) DESCHENAU, Henri: *Le Registre foncière*, Fribourg 1983, p. 559: «Le législateur, surtout ces dernières années, s'est servi du moyen de l'annotation pour rendre opposable aux tiers acquéreurs une modification apportée au régime des droits et obligations résultant d'un rapon de droit réel». Más en general, sobre la emersión de la libertad configuradora de los derechos reales en el sistema suizo a través de la *anotación*, *vid.* el mismo DESCHENAU: *op. cit.* pp. 278-279 y 519-523, y antes, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.^o 16), pp. 14-18.

Curioso resultado el de la alianza del *numerus clausus* y el encasillado registral: ¡las determinaciones voluntarias terminan abriéndose hueco dentro del sistema y la insuficiencia del folio obliga a la consulta de documentos complementarios (90)!

Tampoco parece convincente la objeción de que el contenido y la eficacia del pacto no puede trascender a las partes que lo otorgan. Esto vale, naturalmente, para el pacto o contrato de eficacia obligacional (art. 1257), pero no para el que tiende a configurar situaciones de poder en la cosa. Siendo este poder en la cosa inmediato y directo, a ella adhiere constituyendo una situación de derecho susceptible de afectar a cualquiera que con la misma pudiera entrar en contacto. Es cierto que esa libertad de configuración voluntaria del estatuto de las cosas con natural proyección *erga omnes*, podría significar una seria amenaza para el tráfico: para todos aquellos que, ajenos al pacto configurador, pudieran verse sorprendidos por el mismo. Pero justamente para eso está la publicidad registral; concretamente la predisposición de nuestro Registro para recoger y hacer cognoscibles las peculiaridades configuradoras de cualquier posible pacto *con transcendencia real* (91).

Finalmente, la afirmación de que nuestro sistema se acerca, de hecho, a los de *numerus clausus* nos parece o una concesión conciliadora en quienes no quieren tornar partido en favor de una de las contrapuestas opciones, o un recurso a la «consolación» en quienes desearían ver consagrado en nuestro Derecho el sistema cerrado. Y que se diga que nuestro legislador deja la cuestión irresuelta, nos parece una afirmación difícilmente conciliable, aparte de con la Exposición de Motivos de 1944 (92),

(90) Ya había sido observado en nuestra doctrina por J. GONZÁLEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios ... I. cit. p. 389: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desemolvimiento ha de buscarse en los documentos archivados»; y por SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.º 17), p. 70: «D) Documentos justificativos (Belege). Son, dentro de la ordenación del Registro, de una grandísima importancia. Sirven a tres finalidades diferentes: como justificación a la petición de inscripción, pues ésta no se hace efectiva si no va acompañada de los documentos justificativos necesarios; sirven como justificante de la inscripción en el libro Mayor, en el caso de que ésta sea atacada por una acción de rectificación, y sirven, en fin, como complemento de los datos contenidos en la inscripción, dentro de los límites marcados por ésta y en cuanto no la contradigan. Esta última finalidad se hace necesaria para despojar al libro Mayor de una serie de detalles que perjudicarían su claridad».

(91) Es la felicísima expresión utilizada hoy en el art. 7 RH, y anteriormente en el art. 1 del originario Reglamento («... cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales»). Su significado es claro y está perfectamente expresado: pacto que, recayendo sobre el contenido de poder inmediato atribuido en la cosa, modifique la configuración típica del dominio o de cualquier otro derecho real.

(92) Dice al respecto: «La mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trata de inscribir es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus*, y en el que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil».

con el sentido diáfano de la ley y con la inequívoca letra de la misma: ahí están las normas que consagran una autonomía de la voluntad con proyección en la libertad de configuración de los derechos reales (arts. 1.255; 392; 467; 523; 594 CC. 2, 2.º y 3.º; 8, 4.º III; 9, 2.º LH. y 7; 8; 51, 6.º; 252, 8.º RH) —lo que, por permitir la alteración del tipo, daría ya plena razón de la adscripción de nuestro sistema al de *numerus apertus* (93)— y los que admiten expresamente la posibilidad de creación de derechos reales innominados (arts. 2, 2.º LH, y 7; 74; 621 RH). A la vista de ellos hay que entender, con la Resolución de 4 de marzo de 1993, que la vigencia en nuestro sistema del criterio número-aperturista queda fuera de duda (94). Constituye ésta, en efecto, una de las bases de nuestro Derecho de Cosas que va a imprimir personalidad propia a nuestro sistema registral.

5. *Seguridad del tráfico a través de la protección del tercero de buena fe.* Base ésta, o principio, que trasciende al Derecho de Cosas (95), pero que actúa en él con peculiar incidencia en razón de la connatural oponibilidad *erga omnes* del derecho real, cuya necesidad se hace sentir más intensamente desde comienzos del s. XIX con la entrada masiva de los inmuebles en el tráfico y ante la alarmante inseguridad que por entonces ofrecía el crédito territorial (96), y que va a marcar la creación de los modernos Registros inmobiliarios (97), concebidos

(93) Convenimos, al afirmarlo, con ALBALADEJO: *Derecho Civil III*, 1.º, 1976, p. 33, cuando denuncia la incoherencia de quienes defienden el *numerus clausus* sin, por ello mismo, pedir la supresión de la libertad de modificación de los tipos legales.

(94) «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (*cf.* arts. 2, 2.º LH y 7 RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (*cf.* art. 392-11 CC) ...».

(95) Nosotros hemos mantenido, en *La representación aparente (Una aplicación del Principio General de protección de la apariencia jurídica*, Sevilla 1978, págs. 377 ss., que la protección del tercero de buena fe actúa en nuestro Ordenamiento como un Principio General del Derecho.

(96) El Preámbulo del RD de 8 de agosto de 1855 describía la situación diciendo: «... nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre está garantía prestan sus capitales».

(97) *Cf.* BERCOVITZ, R: en el Prólogo a la *Legislación hipotecaria*, ed. Tecnos, Madrid 1988, pág. XVII: «... la Ley Hipotecaria y su desarrollo reglamentario se han revelado como un instrumento jurídico válido para impulsar el crédito territorial y para afianzar la propiedad y los derechos reales sobre los inmuebles, al introducir seguridad en el tráfico inmobiliario gracias a los efectos jurídicos que derivan de la publicidad del Registro de la Propiedad ... Esa es la función que atribuye al Registro de la Propiedad un valor institucional ...».

éstos —en su versión llamada *germánica*— como una especie de réplica de la posesión mobiliaria y de su función legitimadora como manifestación —y en todo caso, apariencia jurídica— de la propiedad (98).

El apoyo, en su proyección inmobiliaria, de esta base del Derecho de Cosas es clarísima en los textos de quienes prepararon, elaboraron y explicaron nuestra Ley Hipotecaria de 1861: la insufrible sensación de inseguridad inmobiliaria y la necesidad de acabar con ella de una vez por todas, es algo que aparece en ellos con extraordinaria frecuencia (99). Basten en este momentos dos observaciones sobre los mismos:

(98) Ha sido en Suiza donde más se ha desarrollado y razonado el paralelismo entre posesión y Registro —Cfr. sobre ello, aparte del actual testimonio de DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 5-6, el de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El Código Civil Suizo*. «Estudios ... I, pp. 152-156-. En Alemania, sin dejar de mencionar tal paralelismo, es más frecuente establecerlo con la figura germánica de la *Gewere*; sobre ello, también, D. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Desarrollo histórico del principio de publicidad ...*, «Estudios ... I, pp. 38-42, y posteriormente, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a WOLFF, *cit.* p. 266: «La inscripción es apariencia de derecho como lo era la *Gewere*». La idea de la continuidad entre posesión, publicidad registral y apariencia jurídica, desenvuelta en Alemania por STINTZING: *Besitz. Gewere. Rechtschein*, ACP (109) 1912, pp. 347-435, es el argumento del estudio de DE ANGEL YAGÜEZ: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*. Bilbao 1975. Hoy puede considerársela tan clara y pacífica que su enunciación no requiere especial demostración: una muestra, CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 127: «Mientras en orden a los bienes muebles legitima la posesión, en el tráfico inmobiliario legitima la inscripción en el Registro».

(99) Cfr., e.c., LUZURIAGA: *op. cit.* p. 930: «... en tal situación lo que hay que admirar no es el aniquilamiento del crédito territorial y agrícola, sino la temeridad de los que compran bienes inmuebles o prestan sobre ellos, porque temerario es dar su dinero por fincas o sobre fincas cuyo valor líquido es imposible conocer. Aunque se prescinda del peligro de que sobrevenga un comprador desconocido que se anticipó a tomar la posesión, o que por lo menos sea acreedor del todo o parte del precio, es imposible estar seguro de que no se presentará un censalista que reclame un capital más o menos grande con sus veinte y nueve anualidades de intereses. Algo dice si no lo que está sucediendo en muchas de nuestras provincias, por no decir en todas»; y la Exposición de Motivos de 1861, p. 223, repitiendo las palabras del RD de 8 de agosto de 1855: «No necesita la Comisión examinar los vicios de nuestro actual sistema hipotecario ... nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación añadía el Gobierno que la reforma era urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe, y para liberar al propietario del yugo de usureros despiadados. Nada añade la Comisión por su parte; bástale decir que en sentir del Gobierno está definitivamente juzgada nuestra actual legislación hipotecaria, y que exige reformas radicales para que pueda satisfacer las necesidades que echa de menos en ella la sociedad activa de nuestros días».

La primera: que aunque en ocasiones alguno de estos textos podría parecer inclinado a favor de la seguridad de los derechos, más que a la del tráfico (100) —según describiera la tensión entre una y otra Víctor EHRENBERG (101)— la realidad es siempre la contraria: lo que se quiere asegurar es la eficacia de las adquisiciones, como diría la Exposición de Motivos: poder «adquirir sin temor de perder lo adquirido» (102). Si quisiera buscarse una fórmula integradora podría hablarse de la seguridad de los derechos a través de la seguridad de su adquisición.

Y la segunda: que la seguridad así entendida y pretendida se considera no sólo como el medio de solución a un conflicto de intereses de dimensión exclusivamente privada, sino como una auténtica exigencia de orden público (103). Por eso se la puede considerar como una de las bases o principios configuradores del Derecho de Cosas; base, además, que por actuar previamente al Registro y más allá del régimen específicamente

(100) V. gr.: Exposición de Motivos, p. 225: «La condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualquiera que sean las bases en que descanse, es la firmeza, es la seguridad de la propiedad»; también el RD de 8 de agosto de 1855, y tras él, de nuevo, la Exposición de Motivos, hablaban de «dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa».

(101) EHRENBERG, V.: *Rectssicherheit und Verkehrssicherheit*, Iherings Jarb. 1904, pp. 273 ss.

(102) E. M., p. 226: «... el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria: el de adquirir sin temor de perder lo adquirido, y el de prestar sobre la propiedad raíz con la seguridad de que no sería ineficaz la hipoteca». Con anterioridad, LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927: «Todos han reconocido que el suelo, instrumento el más vasto y seguro de producción, debe recibir de la ley las condiciones necesarias para ser transmitido con toda libertad (inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable), y para poder ser obligado con igual seguridad». *Id.*, pp. 942-943 «Antes que todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla; de otra manera la incertidumbre pudiera alejar la concurrencia». Posteriormente, DE LA SERNA: *op. cit.* p. 575: «... el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad a los adquirentes del dominio y de los demás derechos en la cosa».

(103) Así puede verse en LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contratar con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la ley se propone evitar, no el daño aislado de una persona privada». También en DE LA SERNA: *op. cit.* p. 196, a propósito del fin de la publicidad: «No es su principal aspecto el del interés de particulares contra el de particulares; es el interés público en combinación con el particular ... En una palabra, lo que debía buscarse era dar la mayor protección posible a todos los intereses sociales y civiles, y poner las cosas en disposición de que nadie se viera en el caso de abstenerse de contraer sobre bienes inmuebles, retraimiento fatal, porque ... disminuye el crédito territorial y agrícola, desprestigia la propiedad del suelo ...».

inmobiliario, sobrepasa la dimensión propia de los principios estrictamente hipotecarios (104).

¿Y qué se entiende aquí por seguridad del tráfico? O planteado de otra forma: ¿cuál es la exigencia que la seguridad impone al régimen del tráfico inmobiliario? Respondiendo con palabras de Ehrenberg, el primer requisito exigido por la seguridad consiste en que la existencia y el contenido de los derechos no puedan resultar dudosos (105). Siendo ello así, inmediatamente aparece la relación entre la seguridad, como exigencia del tráfico, y el Registro, como instrumento a su servicio. Justamente la existencia y el contenido de los derechos dependen de numerosos presupuestos, jurídicos y de hecho, de difícil comprobación; lo que, obviamente, dificulta tanto su alegación por quien intenta hacerlos valer, como su comprobación por quien quisiera adquirirlos. El Registro será el medio que se predispone para la pública constancia de los derechos inmobiliarios y, consiguientemente, para conseguir la seguridad en el tráfico de los mismos (106).

(104) Quizá a esta idea responda la afirmación, ya indicada, de SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 227 y 229, de restringir, en un planteamiento, puro, teórico y científico, los principios hipotecarios a sólo dos: el de publicidad y el de protección o seguridad del tráfico jurídico.

(105) EHRENBURG: *op. cit.* p. 274: «Das erste Erfordernis der Rechtssicherheit besteht darin, daß Existenz und Inhalt des Rechts nicht in Zweifel gestellt werden können».

(106) Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos II, cit.* p. 245: «La publicidad ... es pues un conjunto de medios o sistemas que permiten conocer quiénes son los titulares y cuál es el estado jurídico de los bienes para dar seguridad y eficacia a su tráfico». En el sistema latino establecido en Italia, dice FERRI: *Tutela dei diritti. Trascrizione Immobiliare*. Com. Scialoja-Branca, Libro Sesto, Bologna-Roma 1960, p. 9, que la publicidad inmobiliaria tendría como fin «exclusivo» una tutela del tráfico, que se identifica con la tutela de los terceros: «Da quanto abbiamo detto finora ci sembra emergere che l'istituto della trascrizione, a differenza di tutti i formalismi giuridici connessi al trasferimento della proprietà fondiaria che l'hanno preceduto, è dominato 'esclusivamente' da uno scopo: la tutela del traffico immobiliare; che questo scopo si identifica con quello della tutela dei terzi, i quali soltanto sono i protetti dalla trascrizione». En los sistemas de publicidad positiva, la seguridad lograda a través de ella favorece también al titular mismo del derecho. Es así como aparece enfocado el problema en las palabras de EHRENBURG que inmediatamente siguen a las citadas en la nota anterior: «Nun hängt aber beides; Existenz und Inhalt eines Rechts, von zahlreichen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ab, die derjenige, welcher sein Recht gegenüber einem anderen behauptet oder durchsetzen will, häufig erst nachweisen muß. Alles, was dem Berechtigten diesen Nachweis erleichtert (Schuldschein !) oder gar erspart, trägt daher zu seiner Rechtssicherheit bei. Ein dafür besonders beliebtes Hilfsmittel unseres heutigen Rechtsverkehrs bilden bekanntlich die unter staatlicher Autorität geführten Bücher oder Register». Tiene ello su manifestación más clara en el desdoblamiento de los efectos de la publicidad a través de los principios de legitimación y de fe pública registral. SANZ: *op. cit.* pp. 20-21, lo expresaba indicando como características separadas del Derecho Inmobiliario-registral, el ser un Derecho legitimador y en ser un Derecho protector del tráfico jurídico y del crédito territorial. LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984, p. 11, lo expresarán afirmando que la protección del tráfico es la finalidad *primaria* de la publicidad registral. Lo que sí cabría matizar es que en el mecanismo de protección del tráfico a través de un sistema de publicidad positiva, el interés que prima y, sobre todo, la finalidad que mueve prioritaria y determinadamente es la tutela de los terceros; reflejo de ellas serán las ventajas que de la publicidad se siguen al titular inscrito. Retengamos, por encima de estas diferencias, la relación entre seguridad y Registro en cualquier sistema de publicidad registral. Por lo que hace al francés, cfr: —en TROPLONG: *op. cit.* p. 60—. Las palabras

Evitando la necesidad de comprobaciones casi siempre difíciles y a veces prácticamente imposibles (107), proporciona a la generalidad un medio oficial y creíble para la constatación de las situaciones jurídico-inmobiliarias, con virtualidad, en todo caso, para asegurar su derecho a quienes de buena fe lo adquieran confiando en el mismo Registro y de quien en él aparezca como su titular (108). Es evidente que este aseguramiento —*en todo caso*, hemos dicho— de la adquisición según Registro, implica cuando la publicidad registral no se corresponde a la realidad, una clara opción por la seguridad del tráfico frente a la seguridad de los derechos, que nuestro D. Jerónimo González expresaba diciendo que «el Derecho Hipotecario moderno

de Belleyme en la discusión de la Ley de Transcripción: «C'est ce qui a fait sentir la nécessité d'une formalité qui vint donner à la translation de la propriété la publicité qui lui manque: c'est pour cela qu'on a voulu que la transcription, en restant facultative pour les parties, fût rendue obligatoire pour les tiers. Pour ceux-ci, la transcription constituera une garantie absolue; car, pour savoir l'état vrai de l'immeuble, ils n'auront qu'à se transporter au bureau des hypothèques et a consulter le registre du conservateur». No queremos, con todo, omitir el dato de que PUGLIATTI: *La trascrizione*, Tratt. Cicu-Messineo, XIV, I, 1957, pp. 230-237, teorizando sobre el fundamento de la publicidad en general (no sólo la inmobiliario-registral), considera insuficiente su explicación como instrumento al servicio de la seguridad del tráfico; su verdadera razón de ser estaría —dice— en la tutela del interés público o privado conectado inmediatamente a la cognoscibilidad de ciertos datos relevantes en el mundo de Derecho.

(107) Se refería a estas dificultades la Exposición de Motivos de 1861 —p. 228—, razonando la necesidad del nuevo sistema de publicidad absoluta: «Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislación en materia tan difícil y el examen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervención, de las responsabilidades que en el orden de la familia pueden haber contraído, no alcanzan a poner al acreedor a cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos o desconocidos, y cuya existencia no pueda sospechar ni la previsión más exquisita». En la doctrina puede verse, e.c., el testimonio de CAMPUZANO: *op. cit.* p. 425: «Esto sería incompatible con el interés social y con la seguridad de la contratación inmobiliaria, que quiere precisamente dar al tercero una base sólida y segura para la adquisición de sus derechos, redimiéndoles del intrincado y difícil estudio de los títulos anteriores».

(108) «Según el sistema de la Comisión —se decía en la E. M. de 1961, p. 237— resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo». LUZURIAGA, *op. cit.* pág. 927, hacía consistir el efecto de la instauración de la publicidad registral en que los derechos inmobiliarios pudieran transmitirse «inspirando en el adquirente la confianza firme de que su propiedad descansa en un título irrevocable». A la función generadora de confianza que debe desempeñar el Registro se refiere también DE LA SERNA *op. cit.* p. 619: «El peligro remoto, el temor suspicaz de que pueda llegar el día en que aparezca que por un error no sustancial que nadie descubrió, pueda resultar un perjuicio que escape a la penetración del hombre más precavido, no son motivos bastantes para introducir una perturbación en la confianza que es conveniente que todos presten al registro, mientras que de sus páginas no aparezca con claridad la omisión o la inexactitud que puede dar lugar a la declaración de nulidad».

reconoce que el interés del cambio y de la circulación de las riquezas, es superior al interés de mantener a cada cual en posesión de lo suyo» (109). A veces la doctrina ha querido ver en ella una victoria de la seguridad sobre la justicia (110), que, mejor vista, no será sino una victoria de la apariencia generadora de confianza protegible, sobre la realidad oculta de las cosas, decidida por la equidad —en Alemania se ha hablado de justicia relativa (*relative Gerechtigkeit*) (111)— en favor de los terceros de buena fe (112).

Y es aquí donde, dentro de los sistemas de publicidad positiva, va a destacar la peculiaridad de nuestro Derecho. Peculiaridad, evidente, frente al sistema francés, que, al establecer una publicidad registral de eficacia meramente negativa o preclusiva, no llega a asegurar al tercero su adquisición, por más que adquiera de titular registral y que inscriba su derecho (113); pero peculiaridad, también, frente al modelo alemán. Protección de la seguridad del tráfico, en efecto, la hay en España tanto como en Alemania; y también en una y otra el Registro inmobiliario se concibe como instrumento al servicio de dicha seguridad. Pero ¡de qué forma tan distinta! En Alemania la publicidad es sólo parte del complejo y total mecanismo instrumental. Anterior a ella es la

(109) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario* ..., «Estudios... I, pp. 26-27.

(110) SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 21, y CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 128, hablan de prevalencia de la seguridad sobre la regularidad del tráfico. ALVAREZ CAPEPOCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid 1986, págs. 44-45, niega el conflicto entre justicia y seguridad, poniendo a esta última al servicio de la primera. DE ANGEL YAGÜEZ: *op. cit.* p. 25, sitúa el conflicto, no entre la seguridad y la justicia, sino entre la justicia (una justicia —dice— que no desconoce el valor social de los hechos, de las apariencias en este caso) y las reglas técnico-jurídicas (el *nemo plus iuris...*).

(111) Así, MEYER, H.: *Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht*, München 1909, p. 93.

(112) Nos hemos referido más ampliamente al fundamento, en general, del principio de protección del tercero de buena fe, en *La representación aparente...*, *cit.* pp. 465-475.

(113) Basten, como muestra, los siguientes textos de TROPLONG: *op. cit.*: «En France ... il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer a la diligence des particuliers la diligence fautive d'un tribunal environné de pièges» (p. 205). «La loi n'affirme pas aux tiers qu'il n'y a des résolutions qui leur soient opposables que celles qui sont mentionnées sur le registre des transcriptions; mais elle facilite, autant qu'elle le peut, la découverte d'un fait qui les intéresse. L'existence d'une mention fait cesser leurs doutes; l'absence de mention ne les empêchera de se livrer à d'autres recherches» (pág. 386); «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi» (p. 391). A la vista de ellos se entiende que THERY, Ph.: *Suretés et publicité foncière*, Paris 1988, pág. 386, pueda decir, comparando los efectos de la publicidad francesa con los de la alemana: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière —telle qu'on la connaît en France— ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

extraña pieza de la transmisión por negocio real y abstracto (*Einigung*) y la vinculación de la adquisición a la inscripción registral (*Eintragungsgrundsatz, Buchungsprinzip*). El sistema, en su complejidad, resulta artificioso e innecesariamente sobrecargado, y —lo que es peor— lleva, de suyo, a una protección del tráfico en la que caben indiferenciadamente los terceros, tanto de buena como de mala fe. No es eso lo que ocurre en nuestro Derecho, donde, mantenido el causalismo del sistema transmisivo, se corta la propagación de la ineficacia de las adquisiciones tan pronto aparezca un tercero de buena fe. Nos parece fuera de toda duda que ello implica varias consecuencias, claramente ventajosas para nosotros todas ellas. Supone, en efecto, aparte la evitación del inútil amontonamiento de expedientes complicados, artificiosos e innecesarios (114), fijar la atención allí donde se la debe poner: en la buena fe del tercero adquirente, lo que, permitiendo aquilatar más en la dimensión ética de la medida legal protectora, hace que esa misma buena fe adquiera en nuestro sistema un significado distinto y más intenso al que se le puede atribuir en Alemania (e incluso en Francia, donde los efectos de la publicidad, negativa o preclusiva, son menores): Mientras en Alemania sólo la mala fe queda reducida —como no podía ser menos— a constituir un obstáculo a las ventajas que la publicidad brinda a los terceros, en el sistema español la buena fe es, positivamente, la razón justificadora y desencadenante del expediente protector (115). Introduce ello un importante matiz que, a partir de la raíz misma de su concepción, determina la diferente orientación que se adopta en la aspiración hacia la meta común

(114) Desde este punto de vista algo de cierto hay las siguientes palabras de DE CASSO: *op. cit.* p. 67: «Aun cuando los redactores de esta ley [se está refiriendo a la Ley Hipotecaria de 1861] conocían perfectamente el sistema germánico acerca del Registro inmobiliario, no se atrevieron a seguirlo en su complejidad, tal vez con acierto, tanto por responder a una concepción del "derecho de cosas" tan divergente del nuestro tradicional, como por no estar aún, entonces, el ambiente jurídico español preparado suficientemente para que la nueva ley hubiera sido tan eficaz. De ahí que sólo aceptaran del Registro germánico algunos principios básicos *imprescindibles para abrir cauce* a una nueva organización favorable a un desarrollo *mínimo* del crédito territorial, cimentándolo sobre la confianza y la seguridad jurídica».

(115) En la exposición de los precedentes históricos de nuestra publicidad registral, indica DE LA SERNA: *op. cit.* p. 88, cómo en la Pragmática de 1539 se instauraba ya un mecanismo de publicidad distinto a los registros medievales establecidos por los señores alemanes en los ss. IX y X y dirigido exclusivamente a «proteger la contratación de buena fe, dando seguridad a los adquirentes ...». En la Exposición de Motivos de 1861 la consideración de la buena fe como causa fundamentadora de la protección registral aparece frecuentemente. *Vid.*, p. 230: «La Comisión, lejos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor con los no menos respetables de los que con buena fe han adquirido el dominio u otros derechos reales, los armoniza procura evitar la ruina de los acreedores de buena fe...»; p. 253: «Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada»; p. 255: «La Comisión, circunscribiéndose a los límites indispensables del proyecto, y fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio»; p. 256: «En el proyecto de Código civil no podían menos de tomarse

de la seguridad del tráfico en uno y otro sistema: mientras en el alemán, el tráfico, considerado en abstracto, se erige en beneficiario directo de los expedientes concebidos al servicio de la seguridad, en nuestro Derecho no hay protección directa del tráfico, sino tan sólo la que éste obtiene a través de la que se depara a los terceros de buena fe (116).

Dicho lo anterior, que en lo relativo a la buena fe encontrará más adelante su necesario complemento en esta páginas, no queremos cerrar estas indicaciones acerca de la seguridad del tráfico sin aludir a la conexión a veces hoy propuesta entre la seguridad del tráfico y la seguridad jurídica que propugna el art. 9, 3.º de la Constitución (117). A nuestro

en cuenta los inconvenientes del Derecho antiguo respecto a la inseguridad en que estaban los terceros poseedores de buena fe, y del peligro que corrían de verse despojados de lo que legítimamente hubieran adquirido. Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores, se fijaron algunas reglas respecto a las cosas inmuebles, que han sido sustancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación: también se rescinden, aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe...»; pp. 278-279: «Puede ocurrir que el que no aparezca en el Registro con derecho para hipotecar constituya una hipoteca y que después adquiera el derecho de que antes carecía ¿Convalescerá en este caso la hipoteca? La Comisión ha resuelto esta cuestión en sentido negativo; ni podía hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado; por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarían perjudicados los que tuvieran un derecho real adquirido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia».

(116) Para ello, y para la fuerza de la buena fe como desencadenante de las medidas legales de protección de la apariencia, nos remitimos de nuevo a nuestro estudio sobre *La representación aparente* cit, pp. esp. 465-475.

(117) Cfr. CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario* I, 2.^a ed. Madrid 1989, p. 223: «El principio de libertad de contratación deja a salvo precisamente el “orden público” dentro del cual es preciso comprender la inscripción como manifestación de la publicidad y de su posterior justificación, la seguridad del tráfico jurídico que va incrustada en el art. 9, 3 de la Constitución española en su amplia dicción del derecho a la “seguridad jurídica”»; *Id*, pp. 266-267: «De las teorías anteriormente apuntadas aceptamos la que a nuestro juicio parece estar en la línea justificativa del funcionamiento genérico del fenómeno publicitario y es la que parte de la base de la distinción entre seguridad del derecho y seguridad del tráfico. El principio de la “seguridad jurídica” está hoy día reconocido en el artículo 9 de la Constitución, con un carácter amplio, al decir que la misma garantiza el principio de seguridad jurídica, lo cual supone comprender en dicha expresión no sólo la idea de la “seguridad del derecho” a cargo del poder judicial, sino la “seguridad del tráfico” que se ejercita a través de la publicidad que el Registro de la Propiedad ofrece a los actos jurídicos inscribibles». Ya había adelantado el autor esta idea en *Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario*, en «La Constitución española y las Fuentes del Derecho» I. IEF, Madrid 1979, págs. 615-616. Se hace eco de ella la STS de 20-5-1993: «... Ante esta perspectiva, la transmisión de los derechos reales que integran el dominio de la finca o local enajenado permanece incólume, protegido por la fe pública registral, principio hipotecario que consagra la seguridad jurídica en el ámbito inmobiliario (art. 9 de la Constitución)». También, GARCÍA GARCÍA *op. cit.*, I p. 676, al fundamentar el principio de legitimación: «¿Pero por qué se protege la apariencia derivada del asiento registral? Se trata de dar un segundo paso en la búsqueda de tal fundamentación. La contestación la da el principio de seguridad jurídica sancionado en el art. 9.º 3 de la Constitución» (sub. del a.).

juicio, la opción legal por la seguridad del tráfico frente a la seguridad de los derechos, nada tiene que ver con la exigencia constitucional de seguridad jurídica. Un sistema legal formalmente claro y seguro, puede ponerse, sin merma de la seguridad jurídica, al servicio de la seguridad de los derechos, frente a la del tráfico. El valor o principio constitucional de la seguridad jurídica se refiere al Derecho objetivo como conjunto normativo formulador de la sanción del Derecho a los comportamientos personales. En cambio, la seguridad del tráfico se mueve en el mundo de los derechos subjetivos, significando, en la pugna desencadenada entre los del *verus dominus* y los del tercero adquirente, una opción de política jurídica a favor de este último, a resolver por el legislador ordinario sin condicionante constitucional directo alguno.

6. *Rigurosa especialidad de todos los derechos reales y absoluta publicidad registral no constitutiva de los inmobiliarios.* Las bases de la «publicidad absoluta» y la «especialidad rigurosa» (118) aparecen constantemente como un par inseparable —la especialidad se considera complemento imprescindible de la publicidad (119)— en nuestros textos hipotecarios fundacionales, como expresión de una opción del Ordenamiento por el sistema registral alemán o germánico, del cual estas notas constituyen inequívocas señas de identidad (120), y que, al

(118) Así se califican la publicidad y especialidad en la Exposición de Motivos de 1861, p. 225: «Nuestra actual legislación hipotecaria adopta un sistema mixto: lejos de seguir el que puede llamarse *germánico*, cuyas bases son la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas ...». Se trata, sin duda, de una expresión consagrada: la utiliza literalmente OLIVER: *op. cit.* p. 75, refiriéndose al Proyecto de Código Civil de 1851: «El Proyecto se fundaba sobre las bases de la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de todos los derechos reales, mediante su inscripción detallada en el Registro de la Propiedad ...».

(119) Ya LUZURIAGA: *op. cit.* p. 931, había dicho: «... la *publicidad* no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales; la *especialidad* es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera de un inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación ...». Posteriormente se dirá en la Exposición de Motivos de 1861, p. 231: «... en tanto puede decirse que ésta [la hipoteca] es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad». En la doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*, «Estudios I, *cit.* p. 292, considerará a la especialidad como corolario de la publicidad, y SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones I, cit.* p. 207, dirá que «El llamado principio de especialidad aparece en la doctrina y legislación del siglo XIX como un complemento del principio de publicidad ...».

(120) *Cf.* LUZURIAGA: *op. cit.* p. 927: «La Comisión general de Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y de *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra ley hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*: sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro». Comentado el Anteproyecto de LUZURIAGA, diría más tarde OLIVER: *op. cit.* p. 52: que en él se «desenvuelven y desarrollan los principios de la *publicidad* y de la *legalidad*, que constituyen con la *especialidad* las bases del nuevo sistema inmobiliario que se propuso introducir en España». La Exposición de Motivos de 1861, p. 225, dice literalmente: «... el que puede llamarse [sistema] *germánico*, cuyas bases son la publicidad absoluta y la especialidad rigurosa de las hipotecas».

suponer la reforma en profundidad de nuestro anterior Derecho, y tras haber sido objeto de muy ponderada reflexión, van a afirmarse con inusitada convicción y decisión como el fundamento de un nuevo sistema abierto definitivamente a los nuevos tiempos (121), y como la caracterización más neta y radical del mismo (122). Aunque inicialmente el énfasis en la afirmación de la publicidad y la especialidad se va a referir a las hipotecas y gravámenes, con el evidente significado de subrayar la reacción del Derecho moderno contra las hipotecas ocultas y generales y el sometimiento de éstas a los nuevos principios exigidos por la seguridad del tráfico, pronto se advertirá la necesidad de que sea el íntegro Ordenamiento inmobiliario el que quede sujeto al influjo informador de los nuevos principios (123): es la situación

(121) *Cfr.* Exposición de Motivos de 1861, p. 232: «... aplicó los principios de publicidad y especialidad que la Comisión proclama en este proyecto de ley como únicos para lo sucesivo».

(122) Ya para LUZURIAGA *op. cit.* p. 928, la caracterización de la hipoteca por su objeto, y el asentamiento de los principios de publicidad y especialidad, venían a constituir «todo el sistema hipotecario». En la Exposición de Motivos de 1861, *vid.* p. 282: «Toma la Comisión el Derecho actual como punto de partida para establecer las reglas a que han de ajustarse las hipotecas voluntarias. Todas las disposiciones que formula ahora y antes no estaban inscritas en la ley, o son una derivación de ella, o consecuencia necesaria de los principios de especialidad y publicidad, que es la gran reforma que introduce el proyecto». En cuanto a la ponderación en la elección del sistema, *vid.* el mismo LUZURIAGA, p. 929: «En esto, como en todo, se ha procurado la publicidad más completa, cuyo sistema se ha preferido después de haberlo comparado con los demás que se conocen», y sobre todo, la Exposición de Motivos de 1861, p. 225: «Mas la comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, y que no cree que deben las leyes cambiar las bases del Derecho antiguo, sino cuando la conveniencia de hacerlo así se halla plenamente justificada y que reconoce de buen grado que el legislador debe progresar conservando cuando no es notoria y urgente la necesidad de echar a tierra la obra de las generaciones que pasaron para levantar otra más adecuada a las exigencias de la época, se ve obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se asiente sobre nuevas bases, y que para ello se modifiquen todas las leyes que se refieren a las hipotecas. Profundo debe ser el convencimiento de la comisión, cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional, propone que esencial y radicalmente sea reformado». Posteriormente, en la Exposición de Motivos de 1869, sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, se dirá: «La ley de 8 de febrero de 1861 reformando nuestra antigua y defectuosa legislación hipotecaria y aceptando el sistema, con tan buen éxito admitido en otros países, de la publicidad y especialidad de todos los derechos sobre la propiedad inmueble, echó los cimientos del crédito territorial ...».

(123) LUZURIAGA: *op. cit.* pp. 942-943: «En el título anterior se han consagrado los principios de *publicidad* y de *especialidad* para las hipotecas; en este se consignan las reglas para la ejecución de ambos principios, no sólo en cuanto tienen relación con la hipoteca, sino en cuanto interesan a la propiedad territorial. El fin, a que la ley aspira con ellos, es a poner de manifiesto la situación de la propiedad inmueble, y no sería consiguiente si limitara su solicitud a sólo las hipotecas ... Por esta razón se ha extendido ya generalmente el principio de publicidad a todos los actos traslativos de la propiedad territorial. También se ha extendido a todas las cargas y restricciones que limitan el valor o la circulación de la misma propiedad, por hallarse en un caso idéntico a la hipoteca...». Sobre las palabras mismas de Luzuriaga, subraya esta extensión de la especialidad y publicidad a todo el estatuto inmobiliario, OLIVER: *op. cit.* pp. 65-67, al comentar el Proyecto de Código Civil de 1851. Al mismo propósito, en relación ahora con el Derecho alemán: GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios... I, *cit.* p. 110: «Para hacer efectiva la publicidad hipotecaria y facilitar el exacto conocimiento de la situación jurídica que interesa en un momento cualquiera, el Código Civil alemán ha extendido el principio de especialidad que en los antiguos sistemas se relacionaba directamente con las hipotecas para evitar las clandestinas y generales, a todos los datos jurídicos de importancia».

completa y concreta de la propiedad de los bienes raíces la que, como condición de seguridad en su transmisión y como base fiable del crédito territorial, debe resultar cognoscible en el tráfico.

De la publicidad y de la especialidad puede decirse con igual razón que admiten en la generalidad de su enunciado proyecciones y dimensiones muy diferentes: desde constituir, en rigor, una auténtica base del Derecho de Cosas, hasta reducirse a un principio hipotecario, y a veces, incluso, a una concreta manifestación del mismo. En la publicidad resulta ello particularmente claro. Concebida ésta en su nivel más alto, adquiere dimensión transhipotecaria, como exigencia de exteriorización o visibilidad del derecho real, que, cumplida naturalmente y en forma satisfactoria, por regla general, a través de la posesión en los bienes muebles, necesitaría de un específico soporte artificial que la materialice cuando se trata de bienes inmuebles (124). Es así cómo la exigencia de publicidad resulta previa al Registro y determinante de la creación del mismo. Pero es así, también, cómo, proyectada ya en su dimensión registral, va a descomponerse en el doble sentido, material y formal, en que la publicidad registral se bifurca (125), y, dentro del

(124) Cfr., en este sentido, STAUDINGER-SEILER: Einl. I zu § 854 Rz 56, donde la publicidad (*Publizität, Offenkundigkeit*) aparece como Base o principio del Derecho de Cosas: «Mit diesem Prinzip wird gefordert, daß dingliche Rechtsstellungen und —veränderungen aus Gründen der Rechtsklarheit und —sicherheit möglichst nach außen hin offengelegt werden sollen. ... *Publizitätsmittel* sind bei beweglichen Sachen der *Besitz* und bei Liegenschaften die *Eintragung im Grundbuch*». En su dimensión registral aparece tan pronto se concrete al Derecho inmobiliario; así STAUDINGER-ERTL. Vorbem. zu §§ 873-902, Rz 23: e) Nach dem *Publizitätsgrundsatz* nimmt die Eintragung eines dinglichen Rechts dem Rechtsinhaber die Beweislast ab (§ 891), schützt den redlichen Rechtsverkehr mit Grundstücken und dinglichen Rechten durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und veranlaßt die Beteiligten, ein unrichtiges Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage wieder in Einklang bringen zu lassen (§ 894)». En nuestra doctrina, se refiere a la dimensión transhipotecaria de la publicidad AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, VII, 2.º, Madrid 1978, pp. 306-307: «También se ha hablado por los autores de un principio de publicidad, considerado como un auténtico principio hipotecario, cuyo contenido abarcaría tanto la publicidad material como la formal. Personalmente disiento de esa formulación porque entiendo que la idea de publicidad no puede ser reducida a un principio hipotecario, por muy importante que éste sea, sino que traduce la esencia misma del Registro de la Propiedad, sirve para describir su naturaleza jurídica, y está por encima de cualquier principio».

(125) A la derivación formal de la publicidad registral se refería la Exposición de Motivos de 1861, p. 314: «La publicidad de los Registros, cuya inteligencia y extensión quedan manifestadas al principio de esta exposición, es una de las bases más fundamentales de la ley. A su desenvolvimiento ha destinado la Comisión un título del Proyecto.

La publicidad puede darse, o por medio de la exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los Registradores, únicos documentos con que puede acreditarse en perjuicio de tercero la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros solo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes». ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 297-298, habla en esta materia de «publicidad formal», a la que considera como una de las direcciones en que despliega su función o energía el principio de publicidad.

primero, en sus dos más significativos efectos: la legitimación y la fe pública registral (126). Algo similar ocurre con la especialidad, que, mientras mirada hacia arriba adquiere dimensión transhipotecaria, como base del Derecho de Cosas expresiva de la necesidad de que los derechos reales recaigan concretamente sobre cosas determinadas atribuyendo sobre ellas poderes igualmente concretos (127); cuando se la refiere a la constatación registral de los derechos inmobiliarios y a la organización misma del Registro de la Propiedad, queda reducida a puro principio hipotecario, y de carácter prevalentemente formal (128).

(126) Es observación repetida en nuestra doctrina, y perfectamente constatable en sí misma, cómo el principio de publicidad, de tan marcado protagonismo en la Exposición de Motivos de 1861 y en la primitiva doctrina de nuestros hipotecaristas, cae posteriormente en su más llamativo eclipsamiento. No es ajeno a ello su vaciamiento en los principios de legitimación y de fe pública registral, tal como se produce en la explicación de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ. Comienza éste su estudio sobre el principio de publicidad —«Estudios... I, cit. p. 377—, con las siguientes palabras: «Desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la *fides publica*». En general, para las diferentes manifestaciones hipotecarias de la publicidad, *cfr.*, e.c., CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 59-62; ROCA SASTRE: *op. cit.* pp., esp., 297-298; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 51-52.

(127) Para la especialidad como base del Derecho de Cosas, *vid.* STAUDINGER-SEILER: *op. cit.* Rz 54: «4. Spezialität, Bestimmtheit. Unter diesem Grundsatz wird verstanden, daß zur Wahrung der Rechtsklarheit dingliche Rechte (BAUR § 4 III) oder Zuordnungs-, Verfügungsgeschäfte (H WESTERMANN § 3 II) nur an *bestimmten einzelnen* Sachen möglich sind, sich also auf sie beziehen müssen»; *vid.*, también, BAUR: *op. cit.* p. 31: «Dieser Grundsatz bedeutet, daß dingliche Rechte nur an bestimmten einzelnen Sachen möglich sind, sich also auf sie beziehen müssen». A esta dimensión de la especialidad creemos que se refieren en nuestra doctrina, e.c., CAMPUZANO: *op. cit.* p. 62, cuando distingue en ella una manifestación *en forma sustantiva*, que exige la determinación de los derechos inmobiliarios en todos sus elementos característicos, o SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 231, cuando afirma que el principio de especialidad gobierna «la fijación de los derechos reales».

(128) Como principio inmobiliario se la describe en STAUDINGER-ERTL, *cit.*, Rz 23: «g) Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz (Spezialitätsprinzip) müssen Inhaber, Gegenstand und Inhalt dinglicher Rechte und bei mehrere Rechten am gleichen Objekt ihr Rang untereinander bestimmt und für Dritte genau feststellbar sein». En nuestra doctrina, según ya hemos visto, CAMPUZANO: *op. et loc. ant. cit.*, distingue en el principio de especialidad una manifestación sustantiva y otra adjetiva: «La primera —dice— exige la determinación de los derechos inmobiliarios en todos sus elementos característicos, o sea: *en cuanto al sujeto ... en cuanto al objeto ... y en cuanto al derecho mismo ...* En su *forma adjetiva* la especialidad ha de regular la forma y requisitos de los asientos hipotecarios, el modo de llevar los Registros, la descripción de las fincas, etc.». En línea similar, Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de especialidad*, «Estudios ...», *cit.* I, p. 428: «El ámbito abarcado por el principio de especialidad es cada vez más extenso, mejor dicho, las sencillas reglas han evolucionado y ya no se concretan en la exigencia de una mayor precisión al describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trascienden al sistema entero y se infiltran en todos sus elementos orgánicos. Sus desenvolvimientos modernos, de carácter sustantivo o material y adjetivo o formal, penetran en la entraña de los derechos inscritos, regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros, imponen una exacta descripción de las fincas, y la determinación precisa del contenido, limitaciones, condiciones y rango hipotecario de los derechos reales». En la doctrina más reciente, e.c., LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 56-59, incluyen el principio de especialidad entre los principios registrales de carácter formal.

Naturalmente, cuanto aquí debamos decir de la especialidad y de la publicidad, se limitará sólo a la dimensión transhipotecaria de una y otra como bases del Derecho de Cosas.

Bastan en tal sentido, y acerca de la especialidad, unas brevísimas observaciones. Sirve ésta, obviamente, en nuestro Derecho como en cualquier otro, a la claridad de los derechos reales (129), y su acentuación en el Derecho moderno responde al decidido propósito de desterrar para siempre la plaga histórica de las hipotecas generales. Es curioso observar a este respecto, utilizando palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIROS (130), que la revolución que en España supuso el imperio absoluto de la especialidad, establecido por obra de la Ley Hipotecaria en 1861, no se ha logrado en Francia sino tras la reforma del sistema registral en 1955. Por otra parte, y dirigiendo ahora la atención al ámbito del sistema germánico, debe dejarse advertido que mientras en Alemania y Suiza el principio de especialidad se lleva al extremo de sacrificar en su honor la iniciativa configuradora de los particulares, a quienes se impone el rigor del contenido legal (*typenfixierung*) de los derechos reales típicos —los únicos admitidos en el sistema (*typenzwang*)— (131); en nuestro Derecho se la conjuga perfectamente con el sistema del *numerus apertus*. Ciertamente la claridad no impone la rigidez; basta con que el contenido concreto de cada posible derecho quede claramente determinado y pueda ser conocido en la especialidad de su configuración singular y concreta por cualquier posible interesado.

Bastante más enjundia puede haber en el comentario a la base de la publicidad y de su significación en nuestro sistema jurídico. A la publicidad se la califica en la Exposición de Motivos de 1861 y en el comentario de GÓMEZ DE LA SERNA como «base capital» (132), «base cardinal de que nunca se prescinde en el proyecto» (133), «una de las

(129) Cfr. BAUR: *op. cit.* p. 31: «Mit ihm [Spezialität, Bestimmtheitsgrundsatz] soll vor allem der Rechtsklarheit gedient werden». DE LA SERNA: *op. cit.* p. 508, describe perfectamente para nuestro Derecho su derivación hipotecaria al hablar del contenido de la inscripción registral: «... que las inscripciones sean claras, precisas y den noticia exacta de todo lo que pueda conducir para que los que acudan a consultar los registros, formen una idea verdadera de la propiedad inmueble, de su extensión, de los títulos en que se funda, de las cargas, gravámenes y obligaciones a que ésta esté afecta, de la seguridad que ofrece a los que la adquieren y de las garantías con que pueden contar los que presten sobre ella capitales».

(130) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *El sistema registral francés*, RCDI 1963, p. 781.

(131) Sobre ello, aparte de lo dicho *supra* al tratar del *numerus apertus*, cfr., para la doctrina alemana: STAUDINGER-SELER, *cit.* Rz 55.

(132) E.M., p. 223.

(133) E. M., p. 233.

bases más fundamentales de la ley» (134), «base fundamental de la ley hipotecaria» (135), o «principio ... cardinal que la domina» (136). Como el edificio es distinto a la roca en que se asienta, la base de la publicidad es anterior y distinta al Registro que se erige en mecanismo a su servicio. Aunque en los primeros momentos se la destaca como reacción contra las hipotecas clandestinas (137), hemos visto ya cómo, incluso entonces, se la entiende como una exigencia del completo estatuto de los derechos reales. La publicidad sirve a la «visibilidad» de tales derechos (138), prolongando artificialmente para los inmobiliarios la función manifestadora que respecto de los muebles desempeña de modo natural la posesión (139). Merced a la publicidad registral va a ser posible a todo dueño de inmueble, o titular de derecho inmobiliario distinto al dominio, disponer de un instrumento de cognoscibilidad general de su propio derecho, que le permita oponerlo a cualquiera, sin que nadie pueda oponerle resistencia alegando su desconocimiento

(134) E. M., p. 314.

(135) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 579.

(136) DE LA SERNA, p. 599.

(137) *Vid E. M.*, p. 226: «Resuelto este primer punto, la Comisión tenía que decidir ante todo cuál era el sistema hipotecario que debía adoptarse. Esto, naturalmente, la empeñó en el examen del mérito relativo de los sistemas que hoy dividen a los pueblos y a los hombres de ciencia. El antiguo sistema de las hipotecas ocultas desde luego debió ser desechado por la Comisión. Con él es incompatible el crédito territorial ... Todas las naciones modernas y la nuestra lo han anatematizado: por eso puede decirse que su causa está irremisiblemente juzgada por la historia, por las leyes y por la ciencia. ...»; *ib.* p. 291: «No podía subsistir la hipoteca tácita y general que hoy reconocen nuestras leyes: su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacen incompatible con las bases que, como fundamentales del sistema hipotecario, ha adoptado la Comisión, la *especialidad* y la *publicidad*, al paso que de hecho dan frecuentemente a la garantía una ineficacia ajena a la voluntad del legislador, como todos los días se demuestra en la práctica. Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan, que si subsistieran, aunque fuera sólo como excepción para proteger a las personas a que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serían mayores en número que las inscritas. La excepción anularía la regla general y quedaría completamente destruida la obra proyectada».

(138) Como indica BAUR: *op. cit.* p. 29: «Schon nach der tatsächlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse sind Sachenrechte vielfach nach außen sichtbar». Con todo, hemos de advertir que en la exposición de STAUDINGER-ERTL, Rz 23, es el principio de inscripción el que se pone al servicio de la visibilidad de los derechos reales: «Der Eintragungsgrundsatz (Buchungsprinzip) dient der "Sichtbarmachung" dinglicher Rechte».

(139) De nuevo, BAUR: *op. et loc. ant. cit.*: «Der Besitz ist Publizitätsmittel nur bei beweglichen Sachen, bei Grundstücken tritt an seine Stelle eine amtliche Aufzeichnung der Grundstücke. das Grundbuch»; STAUDINGER-SEILER: *cit.*, Rz 5: «Publizitätsmittel sind bei beweglichen Sachen der Besitz und bei Liegenschaften die Eintragung im Grundbuch».

inculpable (140); y, en sentido inverso, cualquier tercero podrá disponer, gracias a la publicidad, de cuanta información sea de su interés acerca del derecho ajeno. El Registro será, para todos, el instrumento de cognoscibilidad legal de la situación jurídica de las fincas; de los derechos reales inmobiliarios (141).

Siendo el indicado el significado más radical y genérico de la publicidad registral, procede ahora, como paso ulterior, la pregunta sobre su concreto alcance en nuestro Derecho: ¿con qué extensión se la pre-dispone, y, sobre todo, con qué consecuencias? La respuesta a la primera pregunta discurre en este momento con absoluta fluidez y facilidad. La opción de nuestro legislador decimonónico por el sistema

(140) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*. AAMN XIV, 1965, p. 56: «El problema de la publicidad es el de la ignorancia excusable. Esto es: ¿cuándo se puede alegar, con eficacia jurídica, ignorancia de lo publicado? No podemos alegar ignorancia de una ley publicada el la *Gaceta*. Esto es lo que se ha llamado en la Alemania del siglo XIX, principio de publicidad, aplicándolo a los pronunciamientos del libro Registro: eliminación de la excusabilidad de la ignorancia. El principio de publicidad excluye, pues, toda alegación de ignorancia. Los Registros de la Propiedad son públicos: es la llamada publicidad formal del Registro. Por consecuencia de esa accesibilidad al Registro, lo que dicen los libros del Registro es fácilmente cognoscible. De esta cognoscibilidad legal se induce, *iuris et de iure*, conocimiento efectivo. No se puede alegar ignorancia de los pronunciamientos del Registro». AMORÓS GUARDIOLA: *op. cit.* pp. 304-305: «Lo que se pretende a través del Registro es cabalmente dotar de publicidad a las situaciones jurídicas para que éstas puedan ser oponibles frente a los terceros ... Se trata de conseguir el conocimiento que se obtiene mediante la consulta del Registro o, cuando menos, la posibilidad de ese conocimiento o cognoscibilidad legal ... Centrada la cuestión en estos términos, la eficacia del Registro no se traduce en una mera presunción de conocimiento, sino en una auténtica cognoscibilidad legal como causa de oponibilidad. La cognoscibilidad legal así entendida es el efecto primario y el fin directo de la publicidad registral».

(141) La idea aparece formulada en la Exposición de Motivos de 1861, p. 228, con las siguientes palabras: «Consiste ésta [la publicidad] ... en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él sólo es imputable, al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; en que el Registro de la propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes». En la exposición doctrinal *cf.* PUGLIATTI: *op. cit.* pp. 236-237: «... la radice della pubblicità va ricercata nella peculiare ragione di tutela dell'interesse pubblico o privato (o pubblico e privato insieme) immediatamente collegato alla conoscibilità di certi dati, che hanno una rilevanza nel mondo del diritto ... In conclusione, l'antecedente giuridico della pubblicità, è dato dall'*esigenza di tutela dell'interesse alla notorietà dei dati (ritenuti) rilevanti della realtà giuridica*». En nuestra doctrina, a este aspecto de la publicidad registral se refiere ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 311-314, considerándolo como una manifestación del principio de publicidad: «la publicidad del Registro como instrumento de cognoscibilidad legal de su contenido»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario. cit.* pág. 614, lo trata en sección dedicada a «otros efectos del Registro»: ... «Eficacia del Registro en cuanto instrumento de información pública», incluyendo en él la publicidad formal.

«germánico» significaba elegir la *publicidad absoluta*; esto es: corregir nuestro anterior sistema *mixto*, en el cual convivían los gravámenes registrables con los no sometidos a registración, para instaurar uno nuevo en el que todo posible derecho y gravamen real, con independencia de su origen, voluntario, judicial o legal, tuviera acceso al Registro y, en consecuencia, quedara interferido en su funcionamiento y operatividad por la virtualidad atribuida a la publicidad registral (142). En este punto, pues, y en paralelo a lo antes indicado a propósito de la especialidad, nuestro legislador no dudó en dar oportunamente el paso que en Francia se resistió hasta 1955 (143), y es que, como advertía GÓMEZ DE LA SERNA (144), «para que la publicidad sea eficaz tiene que ser completa; de otro modo, en lugar de dar protección a los adquirentes y prestamistas se convierte en un lazo para sorprenderlos».

Publicidad, pues, completa o absoluta, pero —era la segunda pregunta— ¿con qué consecuencias? Aquí la respuesta exige algo más de atención y detalle.

También a este respecto cada uno de los dos sistemas contrapuestos, el germánico y el latino, constituía un posible modelo, ninguno de los cuales fue el elegido por nuestro legislador. Importa ahora mucho describir en su esencia ambos modelos y destacar, igualmente en esencia, la peculiaridad española, su justificación y sus propias ventajas.

(142) Baste como testimonio el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos de 1861, pp. 227-228: «Pero este sistema [el mixto] que, como queda dicho, es el adoptado por nuestras leyes, tampoco es aceptable a juicio de la Comisión. Amalgama de dos sistemas que se excluyen, pretende en vano conciliar la prudencia y circunspección de los acreedores con los azares que no pueden prever. Con él nunca está seguro el acreedor: en los momentos mismos en que contrata, después de asegurarse por el Registro de la propiedad de que sus garantías son buenas, después de adquirir por el Registro de hipotecas la convicción de que ningún otro tiene inscrito un crédito que pueda anteponerse al suyo, se encuentra burlado, porque una hipoteca legal, desconocida tal vez hasta para el deudor mismo, viene a frustrar sus cuidadosas investigaciones, a convertir un contrato calculado con toda previsión y prudencia en un juego de azar, y a privarle de su derecho. El sistema mixto, pues, si bien preferible al de hipotecas ocultas, no da la seguridad absoluta que necesitan los acreedores para que el crédito territorial sea fecundo: sistema de transacción, no satisface a las necesidades para que se ha creado... .. Y es que dentro de la ley no hay medios para que el acreedor se libre del riesgo de que se convierta en ineficaz la hipoteca, porque el más detenido y profundo estudio de la legislación en materia tan difícil y el examen más circunspecto de la historia de las fincas, el conocimiento de las personas que las han obtenido, de los cargos públicos que han desempeñado, de las empresas en que han tenido intervención, de las responsabilidades que en el orden de la familia puedan haber contraído, no alcanzan a poner al acreedor a cubierto de los peligros de créditos olvidados de todos o desconocidos, y cuya existencia no puede sospechar ni la previsión más exquisita. Por esto la mayor parte de las naciones que, a imitación de Francia, adoptaron este sistema mixto, lo han abandonado, y quizá no esté lejana la época en que quede tan desautorizado como el de la hipoteca oculta que tenían los romanos. No hay pues más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad de las hipotecas».

(143) Cfr., de nuevo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, cit. pp. 780-781.

(144) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 195, nota b).

El sistema germánico va a caracterizarse por acercar el dato de la publicidad, concretado en la inscripción registral del acto constitutivo, al proceso creador de la mutación jurídico-real. La inscripción, antes de la aparición del BGB, se impone como necesaria, quizá más en el sentido de formalidad a la que la ley supedita la producción del efecto jurídico, que como estrictamente constitutiva del efecto jurídico-real; es tras el BGB cuando adquiere dimensión estrictamente constitutiva, pasando a desempeñar en la transmisión inmobiliaria el papel asignado a la *traditio* en la mobiliaria (145). Ahora bien, esta indicación, orientada a destacar el valor necesario y constitutivo de la inscripción registral germánica, es absolutamente insuficiente si no se la completa añadiendo que en el mismo sistema germánico la inscripción constitutiva convive con la simplemente declarativa o informadora. En efecto, y sin que ahora debamos entrar en detalles, es sólo en las adquisiciones negociales donde la inscripción se adentra entre los elementos de un proceso constitutivo que sin ella no llegaría a completarse. En las demás, producidas directamente por obra de la ley u ordenadas por ella, la inscripción deberá conformarse con dar noticia general de ellas, esto es: con hacerlas públicas, una vez producidas sin necesidad de su intervención. En Alemania se distingue, en tal sentido, entre inscripción constitutiva e inscripción declarativa; en Suiza se habla de principio absoluto de inscripción, en el primer caso, y de principio relativo de la inscripción, en el segundo (146).

En el otro extremo, la publicidad francesa, inicialmente no absoluta y sólo muy tardíamente extendida a toda mutación jurídico-real, va a

(145) La identidad de función aparece con nitidez en los §§ 929, de una parte, y 873 y 925, de otra. Posteriormente, en el Código Civil suizo, en los arts. 714, de una parte, y 656 y 971, de otra.

(146) Una muestra de la doctrina alemana: MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *Grundbuchrecht*, cit. p. 290: «Im formellen Grundbuchrecht erfolgt die Eintragung nicht nur in den Fällen, in denen sie rechtsbegründende Bedeutung hat, sondern auch dann, wenn nur feststellende, berichtigende, sog. deklaratorische Bedeutung in Frage kommt, also dann, wenn die formelle Rechtslage mit der materiellen Rechtslage in Einklang gebracht wird». De la doctrina suiza, DESCEHAUX: *op. cit.* p. 8: «Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est absolu lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il en est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est relatif lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncier (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*». En nuestra doctrina lo había destacado GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios ...» I. cit. p. 102: «Para aquilatar este matiz es preciso distinguir dos modalidades bien caracterizadas de la inscripción: la *constitutiva* y la *declarativa*. La inscripción *constitutiva* perfecciona la transferencia, constitución o modificación de un derecho, cuya causa jurídica inmediata es un acuerdo de transferente y adquirente, previa o no una obligación contractual (Venta, permuta, hipoteca, etc.), mientras la *declarativa* autentica *erga omnes* un cambio jurídico que ha tenido lugar fuera del Registro (herencia, régimen económico matrimonial, subasta, etcétera)».

quedar fuera del proceso constitutivo de las mismas, limitándose a ser, cuando llega a tener virtualidad sustantiva, simple elemento de oponibilidad a terceros de una transmisión ya efectuada y perfecta *solo consensu* en la relación *inter partes* (147). Cuando llega a tener virtualidad sustantiva, hemos dicho, y es que, efectivamente, y coincidiendo en este punto con lo que ocurre en el sistema germánico, también en Francia hay que distinguir entre una publicidad que es condición de oponibilidad a terceros, y otra que, privada incluso de este efecto, tiene sólo valor o significación informativa. El ámbito de esta última se amplía considerablemente cuando en 1955 se generaliza el objeto de la publicidad inmobiliaria, y, también aquí sin necesidad de entrar en detalles, puede decirse que su campo, como en Alemania, es el de las mutaciones producidas no negocialmente, sino por obra más o menos directa de la ley (148).

A la vista de esta tan sumaria, pero creemos que suficiente, descripción de las dos formas de publicidad, germánica o constitutiva y francesa o para simple oponibilidad a terceros, y antes de entrar a exponer la nuestra, conviene dejar formuladas algunas observaciones. Sea la primera la atribución en ambos sistemas de una duplicidad de funciones a un elemento o dato que, por encima de ellas, es siempre idéntico en sí mismo: la publicidad, ordenada por su propio concepto a hacer público lo que pone en conocimiento de todos, adquiere la posibilidad tanto de desencadenar un efecto más fuerte o de carácter sustantivo, como la de provocar otra más débil, reducido a la pura información sin

(147) Puede verse en el *Rapport* a la Ley de transcripción, en TROPLONG: *op. cit.* p. 22: «Elle [el punto indiscutido sobre el que se construye la ley] consiste à soumettre les actes translatifs ou constitutifs de la propriété, de ses desmembrements et de ses charges, à la nécessité de la transcription pour leur validité à l'égard des tiers»; pág. 41: «... le but de la transcription est qu'aucun acte ne puisse être opposé aux tiers s'ils n'ont pu le connaître ...». En palabras de TROPLONG, p. 161: «Elle ne détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d'après lequel la propriété se transmet, entre les parties contractantes, par la seule puissance du consentement. Ce principe est une des bases du Code Napoléon: il fait un de ses principaux mérites; et c'eût rétrograder que de l'effacer ou d'y porter atteinte. La loi du 23 mars 1855 n'a introduit la transcription qu'à l'égard des tiers, par une raison d'utilité publique et de crédit privé. Elle a voulu que les tiers fussent instruits des mouvements de la propriété qui les intéressent; et, dans ce but, elle ne permet de leur opposer les actes de transmission qu'autant qu'ils ont été transcrits»; o pág. 216: «Ce n'est pas que la vente et l'échange cessent de produire, entre les parties contractantes, leur effet translatif de propriété; le principe du Code Napoléon reste debout; il ne fallait pas porter atteinte à l'autorité des conventions et à la puissance de la volonté. Mais à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans ces conventions, un autre ordre d'idées prévaut à l'avenir, la vente et l'échange n'existent que si l'acte leur a été révélé par la publicité». ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 300, califica de «parcial priorativa» esta visión de la publicidad, negativa y abocada a la prioridad registral.

(148) Para una exposición resumida de los supuestos en que la publicidad es condición de oponibilidad y de aquellos en los que cumple una simple función informativa, *vid.* THERY: *op. cit.* pp. 400-410.

mayor transcendencia. No deja de ser extraño que lo que inicialmente se encara como instrumento de publicidad en sentido jurídico, transmute su propia naturaleza, a veces para sobrepasar lo que sería su propia función, a veces para no llegar a cumplirla. Pero a esta observación puede añadirse otra: Tampoco llega a entenderse bien que en el sistema francés pueda hablarse en rigor de publicidad no constitutiva cuando la inoponibilidad a terceros de la transmisión no hecha pública se traduce en la adquisición del posterior comprador que se adelanta e inscribe primero. Si éste efectivamente adquiere, y no lo hace *a non domino*, parece forzoso entender que hasta que no se produce la transcripción no se perfecciona o completa el proceso adquisitivo (149). Siendo ello así, y sea ésta nuestra tercera observación, puede convenirse con CARRETERO, aunque no lleguemos a compartir sus conclusiones, en que «principio de inoponibilidad e inscripción constitutiva proceden de dos diferentes concepciones del mundo, si se quiere; pero confluyen en un resultado práctico nada distanciado. El salto de un principio a otro no es ningún salto mortal» (150).

Pues bien, descritos los dos modelos de posible referencia y formuladas las anteriores observaciones, es llegado el momento de precisar cuál es el alcance que nuestro Derecho atribuye a la publicidad registral. Y por hacerlo brevemente, teniendo naturalmente que desarrollar a renglón seguido nuestra inmediata afirmación, podríamos responder diciendo que en nuestro sistema se adopta una posición completamente

(149) Puede ello verse en el mismo TROPLONG: *op. cit.* pp. 311-312: «Son principe [de la Ley de Transcripción], comme nous l'avons dit, est qu'a l'égard des tiers la propriété immobilière ne se déplace qu'au moment de la transcription du contrat»; pág. 388: «Le principe essentiel en matière de transcription c'est qu'on ne considère une transmission de propriété immobilière comme parfait a l'égard des tiers que lorsque l'acquéreur a fait transcrire son titre»; pág. 355: «Il est vrai qu'elle [la transcripción] protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur, et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contre celui qui a acheté *a non domino*. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*». En nuestra doctrina, en el sentido que hemos indicado, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés. cit.* p. 769: «Esta eficacia substantiva viene a aproximar el sistema francés a otros sistemas en que la inscripción tiene más fuerza. Admitida la inscripción como condición de oponibilidad a terceros parece existir la siguiente alternativa en cuanto a la explicación de que el tercero resulte protegido frente a títulos anteriores no inscritos; o se entiende que, por ejemplo, la transmisión anterior no inscrita no es perfecta, puesto que todavía los terceros pueden seguir derivando derechos del transmitente, con lo que nos acercamos en algún modo al principio de la inscripción constitutiva. O de entender que es perfecta habrá que pensar que el tercero adquiere 'a non domino', puesto que el que ha transmitido ya no es dueño de lo que vuelve a transmitir al tercero, con lo que nos acercamos, hasta cierto punto, al principio de la fe pública en un sentido negativo: en cierta medida lo que no está en el Registro no existe a efectos de tercero».

(150) CARRETERO GARCÍA, Tirso: *Retornos al Código Civil II*, RCDI 1965, p. 94.

peculiar y propia: Excluida la dimensión constitutiva de la publicidad germánica, sus efectos se explican mediante la fórmula francesa de la inoponibilidad a terceros, pero estableciéndose en la realidad una forma de publicidad positiva, que, protegiendo al tercero de buena fe como no logra hacerlo la ley francesa de transcripción, tampoco necesita forzar la realidad natural de las cosas en el proceso adquisitivo. Para ello basta entender que la publicidad registral, sin necesidad de alcanzar valor constitutivo, juega *siempre* una misma función: la de constituir un punto inquebrantable de apoyo a la confianza de los terceros de buena fe. Más brevemente: para lograr su más genuina e intensa eficacia, a la publicidad le basta con constituir un supuesto —artificial o legal— de apariencia jurídica. Y así formulada la respuesta, vayamos a su fundamentación o desarrollo.

a) *Nuestro sistema excluye la dimensión necesaria o constitutiva de la publicidad germánica.* Esto es algo que, con independencia de que pueda juzgarse como virtud o como defecto del sistema, resulta claramente indiscutible, y algo, al mismo tiempo, que no ocurrió por azar o caprichosamente en la historia de nuestra codificación civil y de nuestra legislación hipotecaria. Antes de que la dimensión constitutiva de la inscripción registral se articulara expresa y razonadamente haciendo jugar a ésta a modo de entrega traditoria o puesta en efectiva posesión, tal como aparecerá en el BGB, dos tipos de razones podían entre nosotros jugar la baza de la inscripción necesaria, y, como tal, condición de existencia del derecho inscrito: la de servir a los intereses estadísticos y fiscales de la Administración, y la de continuar la línea de nuestro Derecho histórico, que, en su afán por imponer la registración, había constituido su omisión en causa de nulidad del acto no inscrito, incluso en la relación *inter partes*. Ninguna de ellas llegó a prevalecer. La primera aparece refutada sin problemas en la Exposición de Motivos de 1861: imponer la inscripción por razones de índole administrativa, sería desnaturalizar la institución civil del Registro de la propiedad y terminar quebrantando principios de justicia (151). La segunda agitó más violentamente

(151) E. M. p. 236: «No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas, la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión. En su concepto deben ser los Registros un gran medio que ha de tener la Administración para auxiliarse en sus trabajos estadísticos; y esta idea, si no ha de predominar sobre el interés civil y sobre el interés social, ha de ser igual cuando menos a ellos.

No es ésta la opinión de la Comisión: sin negar que los Registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir al auxilio de la Administración en las arduas tareas que, para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los Registros, distrayéndolos de su verdadero objeto, que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio.

los ánimos de los ilustres juristas que en los años decisivos del entrecruzamiento de nuestra codificación civil y de la preparación de la Ley Hipotecaria integraban la Comisión de Codificación: frente al fervor maximalista de LUZURIAGA y, posteriormente, de PERMANYER, terminó imponiéndose la moderación de BRAVO MURILLO y de CÁRDENAS (152): a la Exposición de Motivos le bastó para justificarlo invocar el carácter del Registro, que, como institución de terceros, en nada debe interferir las obligaciones y derechos *inter partes* (153). En el comentario a la Ley Hipotecaria, GÓMEZ DE LA SERNA pudo añadir que para rigorismos excesivos, llamados por su propio exceso a provocar la ineficacia del sistema legal, bastaba ya con nuestra experiencia histórica a partir de la Pragmática de Don Carlos y Doña Juana

La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia: no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción, deba ser de condición mejor el que, burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad ... Por eso no contiene el Proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes».

También, p. 238: «Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo ... Ni se crea que por ello podrán ser perjudicados los intereses del Erario ... en tanto podrán hacerse inscripciones en los Registros, en cuanto estén satisfechos los impuestos que graviten sobre los actos civiles que sean objeto de la inscripción. Los Registros vendrán de este modo a auxiliar la acción fiscal, pero sin ser absorbidos por ella».

En la famosa carta de PÉREZ PUJOL a OLIVER —Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de inscripción*, «Estudios...» I, cit. pp. 364-365— se hace alusión a esta línea argumentativa: «Anular todas estas obligaciones personales o subordinarlas al hecho de la inscripción, solamente para regularizar la entrada de la propiedad en los Registros para los efectos de la estadística y de la tributación, es convertir el ejercicio de los derechos civiles en medio fiscal; y demasiada injerencia del Fisco en nuestra Ley Hipotecaria tenemos ya para aumentarla».

(152) Para los detalles sobre la muy interesante discusión en torno a la necesidad de la inscripción y el rigor en las consecuencias de su omisión, Cfr. OLIVER: *op. cit.* pp. 29 ss; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. ant. cit.* pp. 361 ss. también nuestro trabajo: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado IV, 1991, pp., esp., 335-342, o, posteriormente: «*Excerpta*» en *tema de constitución de hipoteca voluntaria*, Estudios LACRUZ I, pp., esp., 433-436.

(153) *Vid.*, e.c., E. M. p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta atendiendo al principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles en la seguridad de que estaban libres de cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro». Puede verse este razonamiento en el comentario de GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 210, nota a): «Puede además añadirse aquí que, mientras no hay perjuicio a un tercero, que es el interés a que principalmente consulta la Ley Hipotecaria, no es justo alegar contra ningún acto ni contrato la falta de inscripción, porque de otro modo, una omisión que a nadie hubiera perjudicado, daría lugar a la pérdida de derechos legítimos y a especulaciones indignas».

de 1539 (154). Se imponía, pues, el cambio de rumbo que, en la mentalidad de los artífices de nuestra Ley Hipotecaria, sin sacar nuestro Derecho

(154) DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 92-93: «La disposición de la Pragmática a que nos referimos, es la que prescribió que no hicieran fe los contratos que hubieran dejado de inscribirse entre los que directamente hubieran sido parte en su celebración, y que no se juzgase con arreglo a ellos. Nada podría objetarse contra la ley si el efecto de la inscripción se hubiera limitado a que no perjudicara a tercero lo no inscripto ... Pero la nulidad de las obligaciones entre las partes contratantes ... fue un excesivo rigor ... Tal vez a esta dureza se debió en gran parte que no fuera tan eficaz la ley como debía desearse y como hubiera convenido ...». *Id.* pp. 562-563: «La regla que en él [el originario art. 23, hoy 32] se establece no es nueva entre nosotros: está escrita en nuestras leyes desde hace más de tres siglos: en la Pragmática de D. Carlos y D.^a Juana de 1539 tiene ya una sanción expresa cuando ordena que en los contratos a que se refiere, si no se registran dentro de seis días después que fueren otorgados, no sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor.

Mas a pesar de la perfecta armonía que hay entre las palabras que anteceden, copiadas de la Ley recopilada y las del artículo que estamos comentando, no puede desconocerse el distinto espíritu de que están dominadas la Pragmática y la novísima Ley hipotecaria. Aquella llevó su rigor mucho más adelante, porque no limitó los efectos de la falta de inscripción a que no se originaran perjuicios al que no era parte en el contrato, sino que se extendió a declarar la ineficacia de las escrituras aun entre los mismos otorgantes. Su regla general fue *que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos* (los contratos) *no hagan fe ni se juzguen conforme a ellos*, palabras que preceden a las de que no perjudiquen a tercero, que antes copiamos. Es decir, que esta última declaración es una consecuencia de la primera. De aquí se infiere que el principio dominante en la Pragmática de 1539 es que en tanto valían los contratos a que se refería, cuando se llevaban a los tribunales, en cuanto estaban inscritos en el término señalado, al paso que el principio de la Ley hipotecaria moderna se limita a negar su eficacia contra tercero a lo que no está inscrito.

Este principio de la Pragmática de 1539 prevaleció en la de D. Carlos III dada en 1768. En ella se ordenó que cuando no precediera el registro de los documentos sujetos a él ningún juez pudiera decidir por ellos, ni hicieran fe para perseguir las hipotecas o fincas gravadas, aunque la tuviesen para otros fines diferentes.

En otro lugar hemos expuesto los inconvenientes del principio adoptado en las leyes recopiladas e indicado que tal vez el empeño de extender el alcance del registro a los mismos contratantes desigualando sus condiciones, haciendo más favorable la del que merecía menor protección, y viniendo, sin duda contra su propósito, en auxilio de la mala fe, pudo contribuir a que los tribunales, invocando la equidad y dando una interpretación poco conforme con la letra de la ley, y aun con su espíritu, la hicieran servir a sus ideas, que no dejaban de fundarse en principios de justicia, de lo que provino que el derecho escrito no fuera bien aplicado por los juzgadores».

Desde las palabras transcritas se ilumina la comprensión del siguiente párrafo de la E. M. (p. 236), cuya literalidad debe interpretarse *cum mica salis*: «Por esto no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modificaciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes: por esto se aparta el proyecto de lo que hoy está escrito en nuestras leyes, y vuelve al antiguo principio establecido por D. Carlos y D.^a Juana, y seguido por D. Felipe II, por D. Felipe V y por D. Carlos III, de que la falta de inscripción sólo puede alegarse por los perjudicados que no han tenido parte en el contrato que dejó de inscribirse».

del sistema germánico, lo mantuviera en aquella modalidad del mismo que no exigiría la inscripción necesaria o constitutiva (155).

b) *Se explica la eficacia de la publicidad mediante la fórmula francesa de la no oponibilidad a terceros.* La forma impersonal ahora empleada intenta comprender en su enunciado tanto a la explicación auténtica de la Ley Hipotecaria, según resulta de su Exposición de Motivos, como a la privada, aunque tan decisiva y orientadora por venir de quienes intervinieron en su preparación o, tras haber llevado en gran parte el peso de su elaboración y redacción, la comentaron extensamente y en detalle; no es necesario aclarar que estamos pensando en LUZURIAGA y en GOMEZ DE LA SERNA. Y tampoco en este punto, a salvo lo que después se dirá, queda espacio alguno a la discusión. Francesa es la explicación del sentido de la publicidad que se ofrece en la Exposición de Motivos de la Ley (156), francesa la formulación del artículo que, según se dijo por el Ministro de Gracia y Justicia en su defensa parlamentaria, él sólo la condensaba: «Los títulos [...] que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero» (157);

(155) Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de inscripción*, cit. pp. 360-361: «Pero aun dentro de las legislaciones modernas de inspiración germánica, no son los mismos, ni mucho menos, los efectos que la inscripción produce, y conviene echar una rápida ojeada sobre todos ellos para hacerse cargo de la posición de nuestro sistema.

La influencia de la tradición romana en las primitivas ordenanzas hipotecarias fue un poderoso obstáculo que impidió se concedieran a la inscripción los efectos de un modo absoluto de adquirir.

El dominio podía ser transferido y gravado mediante título y posesión. El asiento hipotecario garantizaba por regla general al adquirente, y las discordancias entre realidad jurídica y registro inmobiliario se salvaban admitiendo una propiedad natural frente a otra civil, u otorgando a los terceros que contrataban bajo la fe hipotecaria una protección especial contra las cargas, condiciones y derechos clandestinos.

[...] Aunque nuestra Ley Hipotecaria primitiva fue denominada por Cárdenas Código de la Propiedad territorial, y aunque, según la opinión de cuantos intervinieron en su redacción, se le asignaba por fines principales asegurar el dominio y desarrollar el crédito inmobiliario, aparece incluida entre las que pudiéramos llamar leyes de protección al tercero, y ley de terceros ha sido denominada».

(156) Por citar sólo el párrafo donde la cuestión se plantea expresamente e *in recto* (p. 228): «Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que *no pueda perjudicar* al contratante de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, *no perjudique* por una falta que a él sólo es imputable *al que*, sin haberla cometido, ni podido conocer, *adquiera la finca* gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe ...» (los subs. son nuestros).

(157) Sobre ello, DE LA SERNA: *op. cit.* p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo [el 23, hoy 32] era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir *sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el art. 354*» (los subs. son del a.).

como francesa era la terminología de LUZURIAGA formulando el principio de publicidad (158), y francesa la utilizada por DE LA SERNA para descifrar la clave decisiva en la comprensión de la Ley Hipotecaria (159) y para destacar su principio cardinal (160). Con NÚÑEZ LAGOS podríamos cerrar esta presentación de testimonios diciendo que la publicidad de que hablan la Exposición de Motivos, LUZURIAGA y DE LA SERNA es «francesa por sus cuatro costados» (161).

Ahora bien, hicimos líneas más arriba una salvedad que inmediatamente debe venir en complemento de lo dicho y para situar con mayor exactitud su sentido. En efecto: ¿Qué sentido puede tener calificar como francesa la enunciación del valor de la publicidad en nuestra Ley Hipotecaria de 1861 y en sus más inmediatos aledaños? Es cierto que la fórmula de la no oponibilidad a terceros, o del no perjuicio de terceros, es la empleada en la ley francesa de transcripción, pero, prescindiendo de otros antecedentes franceses y comparados, y sin tener que salir de nuestro Derecho ¿no es también la empleada en nuestras leyes, ya a partir de la Pragmática de 1539?

Queremos sugerir con ello el anacronismo en que se incurre cuando se califica como francesa, en oposición a germánica, una formulación de la eficacia de la publicidad que arranca históricamente de momentos anteriores al nacimiento y contraposición de los dos sistemas comparados. Es cierto que a todo sistema legal de publicidad negativa le bastará la fórmula explicativa de la no oponibilidad, pero no es cierta su contraria: esto es, que a todo sistema legal donde literalmente se recurra a la fórmula de la inoponibilidad le baste ésta para explicar la totalidad de los efectos atribuidos a la publicidad. Antes es la indicación legal y concreta de tales efectos, que la expresión unificada de éstos bajo un principio jurídico con nombre propio o bajo una fórmula resumida y consagrada. En tal sentido podrá admitirse que en los primeros momentos de nuestro actual Derecho

(158) LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente ...». En realidad, en LUZURIAGA: *op. cit.* p. 951, puede encontrarse el precedente de la expresión, después tan repetida, del Ministro de Gracia y Justicia a que hemos hecho referencia en la nota anterior; dice el comentarista del Proyecto de 1851 en esta materia: «Puede decirse que todo el espíritu de la ley presente está contenido en el art. 1858». El precepto venía a disponer que *ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que se ha inscrito.*

(159) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 574: «La Comisión de Codificación, en la Exposición de Motivos que escribió para explicar los fundamentos de la Ley Hipotecaria, dice a propósito de este artículo [el 24]: «Ya queda expuesto anteriormente que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero, es una base de la Ley. La Comisión, que lo ha admitido sin excepción, ha consignado como consecuencia indeclinable que debía tener fuerza aun contra los acreedores singularmente privilegiados».

(160) *Op. cit.*, p. 600: «No debió parecer difícil la resolución a la Comisión codificadora fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro».

(161) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ...*, *cit.* p. S8: «De esa ingenua concepción acerca del principio de publicidad, francesa por sus cuatro costados, no se pasaba».

Hipotecario se emplea una terminología anterior a la formulación de los principios de legitimación y de fe pública registral; pero una cosa es el silenciamiento de estos principios, como tales principios autónomos, y otra muy distinta que en razón de tal silencio nuestra Ley Hipotecaria pudiera adscribirse al sistema que hoy denominamos *francés*, como contrapuesto a *germánico*. Para llegar a tal adscripción habría de atenderse a los efectos que la ley atribuye a la inscripción, y no a la fórmula explicativa que utiliza para indicarlos globalmente.

En conclusión podemos, pues, decir que las expresiones «francesas» utilizadas en la explicación de nuestra Ley Hipotecaria, o en el propio texto de la misma, no deben considerarse como la formulación exacta de los efectos de una publicidad incompleta, por sólo negativa o preclusiva, sino, atendiendo al alcance que a ésta se atribuye en la regulación legal, como la formulación incompleta de una publicidad que, más allá del resultado negativo de la inoponibilidad, puede llegar a desplegar efectos plenamente positivos. Adelantando lo que debe ser objeto de desarrollo en el punto inmediatamente siguiente, debemos ya avanzar que en 1861 la publicidad registral tenía reconocidos en nuestro Derecho los efectos propios del sistema germánico (162). Si para expresarlos se utilizó la terminología entonces al uso (163), fue, sin duda, porque a la sazón, no decantados ni en nuestra doctrina ni en la extranjera los principios de legitimación y de fe pública registral, no había otra, y también, seguramente, porque, tras la viva polémica entre imponer la inscripción necesaria-constitutiva o la voluntaria-declarativa (*ad publicitatem*), se entendía necesario y suficiente destacar la dimensión «de terceros» de los efectos asignados a la inscripción.

c) *Pero se establece una forma de publicidad plenamente positiva, en cuanto se hace del Registro punto inquebrantable de apoyo de la confianza de los terceros de buena fe.* Mucho más brevemente podría haberse epigrafiado este acápite diciendo que nuestro Derecho establece un sistema de publicidad con efecto de legitimación y de fe pública registral. La condensación de los principios en su fórmula enunciativa per-

(162) Por todos, *Cfr.* OLIVER: *op. cit.* pp. 342-343: «Pues bien; la Comisión prescinde en absoluto de explicar doctrinalmente el principio de *publicidad* según el sistema alemán, a pesar de que la Ley Hipotecaria está basada en él, limitándose a exponer el significado de esta palabra, según el sistema francés, en los siguientes términos [...] Este concepto del principio de publicidad, tal como la Comisión lo explica, es sustancialmente distinto del que se trataba de importar y en realidad importó en España, y del que resulta de los mismos preceptos de la Ley Hipotecaria».

(163) Algo de ello se observa, incluso antes, en LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944, quien recurre a la fórmula «francesa» en un párrafo donde implícitamente se está pensando en la legitimación registral y en la fe pública: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción; además que el registro serviría para engañar al que, contratando con un supuesto propietario, hallase en él facilidad para inscribir su convenio si no se le advertiera que había sido defraudado».

mite al vocabulario técnico ganar simultáneamente en economía verbal y en precisión significativa. Pero esto era algo que, en torno a la mitad del siglo pasado, quedaba totalmente fuera del alcance de quienes acuñaron la terminología de nuestra Ley Hipotecaria y del Derecho de la publicidad inmobiliaria extraído de la misma. Por ello, aunque menos ágil, hemos preferido la expresión utilizada; responde mejor al lenguaje de la época, y, evitado todo anacronismo, nos va a permitir descubrir a través de ella la valentía y, al mismo tiempo, la sencillez y la coherencia del razonamiento que llevó en nuestro Derecho al establecimiento de una forma de publicidad inmobiliaria de efectos plenamente positivos y, en tal sentido, «germánica».

Todo, en efecto, es aquí tan sumamente sencillo como lo son siempre las grandes decisiones jurídicas. No se busquen en su fundamento difíciles raciocinios ni rebuscadas construcciones dogmáticas; porque no las habrá con fuerza bastante como para desplazar lo único que de por sí importa: la ponderación de los intereses concitados en torno al problema, y la decisión acerca de su composición en justicia y equidad. Es una meditada y detenida ponderación de intereses y una opción en justicia y equidad, llevada en su simplicidad hasta sus últimas consecuencias, lo que va a explicar el alcance de la publicidad en nuestro Derecho.

Sabemos ya cuál es el problema desencadenante: la inseguridad producida por los derechos ocultos y, en torno a ella, la tensión entre los derechos de su titular y los de su pretendido adquirente. La solución histórica del *nemo plus iuris ...*, aplicada ciega y rígidamente, supondría, en lo individual, el sacrificio del adquirente, las más de las veces sin posibilidad de haber conocido el derecho que terminaría imponiéndose sobre el suyo, y, en lo colectivo, un obstáculo insoportable a la prosperidad económica. ¿Modo de ponderar y conjugar mejor los derechos en pugna? Crear un instrumento al alcance de todos que, yendo a la raíz del problema, permita la publicidad de los derechos. A partir de ahí podrá satisfacerse a la prosperidad colectiva y a la buena fe del tercero sin menoscabo en justicia del titular oculto. El razonamiento discurre por sí solo: es más digno de protección quien de buena fe actúa acomodándose a lo que el Registro publica, que quien, descuidando publicar su derecho, pretende sorprender con él al que, sin negligencia, no llegó a conocerlo (164).

(164) Esta argumentación aparece por doquier en la obra de DE LA SERNA; basten ahora dos muestras: «Se limita [la Ley Hipotecaria] a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes» (p. 548); «El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderlo contra ellos. Más justo es que sea él quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su culpa inducido a error» (p. 671).

Obsérvese que lo dicho basta para asentar los efectos positivos de la publicidad, dando el paso adelante que no dio la ley francesa de la transcripción y evitando el añadido abiertamente innecesario de la inscripción constitutiva que después se convertirá en santo y seña de los sistemas germánicos.

En Francia, como es sabido, la inscripción del propio acto adquisitivo pone a salvo al adquirente de los efectos de cualquier posible transmisión anterior no inscrita, pero no garantiza de modo pleno al adquirente, que, si trae causa de no titular, tendrá que esperar a la usucapación para consolidar su adquisición. Así el Registro no puede constituir garantía de seguridad. Distintas son las cosas en nuestro Derecho. En él, y ya desde el Proyecto de 1851, el Registro se concibe como instrumento de una «completa seguridad» para el adquirente (165); lo que expresará GÓMEZ DE LA SERNA diciendo que «el principio dominante en la Ley» es «dar plena seguridad a los adquirentes del dominio y de los demás derechos en la cosa» (166).

Pero, claro está, si el Registro debe ofrecer seguridad absoluta al adquirente, y si, al mismo tiempo —y por más medios que se adopten para evitarla—, no es posible excluir la posibilidad de la inexactitud registral, ya se está viendo que una tal seguridad no puede provenir intrínsecamente del propio Registro ni de la verdadera existencia de los derechos en él publicados, sino, extrínsecamente, del puro favor de la ley al tercero en atención a su buena fe. En lenguaje de hoy lo ha formulado LACRUZ al decir que la última naturaleza del Registro es ser un aparato oficial creador de apariencias formales, la constancia registral —añade— no es, sobre todo, una forma de ser sino una forma de hacer valer, porque las apariencias registrales tienen un valor formal que puede llegar a ser independiente del valor material cuando se den las condiciones precisas para invocar la protección registral (167). GÓMEZ DE LA SERNA lo expresó diciendo que la Ley Hipotecaria «sólo trata de evitar perjuicios al tercero, que con buena fe y confiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente» (168).

«Confiado en la exactitud del Registro, es inducido a error»: Hay que observarlo una vez más: Cuando el Registro es exacto, la realidad del derecho inscrito hace innecesaria la protección registral. Es en el

(165) Cfr. LUZURIAGA: *op. cit.* pp. 942-943: «Ante todo, es necesario que la propiedad misma ofrezca en su transmisión una completa seguridad al que trata de adquirirla».

(166) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 575: «... no podía ser de otra manera si no había de anularse en algunas ocasiones el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad ...».

(167) LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral* (ed 1968), p. 65.

(168) SERNA: *op. cit.* p. 655.

caso contrario, cuando el Registro y la realidad no coinciden, cuando se impone la necesidad de tal protección, que, en tal caso, no puede tener más fundamento que la confianza puesta de buena fe por el tercero en la apariencia registral. Y si los indicados son el supuesto y el fundamento de la protección registral ¿no se ve lo inane de la inscripción constitutiva? ¿Podrá tal inscripción garantizar en todo caso la exactitud registral o añadir siquiera un ápice al fundamento en justicia y Derecho de la protección dispensada al tercero?

Sin inscripción constitutiva y desde la pura y simple idea de asegurar al adquirente que de buena fe confía en el Registro, pudo nuestro legislador de 1861 fundamentar la protección registral. Lo que para el Proyecto de 1851 decía OLIVER, puede decirse, *a pari* si no *a fortiori*, de la Ley Hipotecaria de 1861: aunque sus redactores no formularan expresamente y en detalle los principios informadores de la Ley, no por ello dejaron de consignar en ella los preceptos de los cuales pueden estos deducirse (169). En concreto, si según el art. 31 de la Ley, la nulidad de la inscripción no perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito, y si, a pesar de que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33), el contrato otorgado por quien en el Registro aparezca con derecho para ello no se anulará en cuanto a tercero, una vez inscrito, aunque después se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito (art. 34), ¿no se están presuponiendo los principios de legitimación dispositiva y de fe pública registral? En cuanto a la legitimación registral ya había dicho LUZURIAGA que «admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción [...] surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción» (170). Más tarde, cumplido ya el centenario de la Ley Hipotecaria, NÚÑEZ LAGOS descubrirá la legitimación registral sustantiva en las palabras del art. 34: «por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello» (171). Imbricado con el de fe pública registral, lo presuponen las palabras de GÓMEZ DE LA SERNA desandando desde la protección de la confianza el camino hacia la fundamentación de la protección registral: «los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso

(169) OLIVER: *op. cit.* p. 67.

(170) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944.

(171) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ... cit.*, p. 79: «Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 el haber consagrado el principio de legitimación *sustantiva* en la prístina redacción del art. 34 al hablar de «persona que en el Registro aparezca con derecho para ello», frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema sobre todos los del siglo XIX. Ni don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ni los autores anteriores ni posteriores, vieron esta legitimación *sustantiva*».

sobre el que bajo la garantía de las leyes adquirió lo que, según el Registro pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo, y dio lugar al segundo contrato» (172).

No hay duda: Si la protección registral presupone el error ocasionado por la publicidad al tercero de buena fe; si el tercero protegido adquiere el derecho de quien realmente no es su titular, porque ya dejó de serlo, en la hipótesis más frecuentemente imaginada, o porque nunca lo fue, cuando la inscripción era nula, sin duda es que el sistema legal presupone esa publicidad de efectos positivos cuya virtualidad hoy expresan los principios de legitimación y de fe pública registral. Es todo un síntoma que GÓMEZ DE LA SERNA pudiera admitir sin problemas la adquisición registral *a non domino*, la misma que no cabía, para el Derecho francés, en la explicación de TROPLONG (173). Ningún colofón mejor a esta líneas que las certeras palabras de D. FEDERICO DE CASTRO y de NÚÑEZ LAGOS. Para este último, por la vía de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro, se llegó en nuestro Derecho, por un camino sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa, a la fe pública registral (174); para DE CASTRO, «la fórmula práctica y original de la protección del tercero», que atribuye a GÓMEZ DE LA SERNA, fue la solución que permitió superar las exageraciones que en base del principio de la publicidad defendiera LUZURIAGA, y las ideas afrancesadas sobre la transmisión de la propiedad mantenidas por GARCÍA GOYENA (175). Generali-

(172) DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 579.

(173) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, en el comentario al art. 23, p. 570: «No habrá pues necesidad de buscarse la entrega o la posesión para calificar quién es aquel que por falta del dominio que creyó adquirir y no adquirió a causa de no tenerlo el enajenante, debe ser preferido, o lo que es lo mismo quien tiene el derecho de prescribir, y por lo tanto, en su caso, entablar la acción, que para arreglarnos al uso común, especialmente de los escritores, llamaremos *publiciana*, cuando se presentan dos a quienes se ha enajenado la misma cosa por el que no era dueño: sino que habrá de estarse al Registro, y la inscripción será la que decida. No se hace en este caso más que aplicar a la posesión de buena fe que tiene el que ha adquirido la cosa del que creía que era dueño, la misma regla que se aplica al dominio cuando la cosa está traspasada por el que lo tiene en realidad» *Id.*, p. 633, en el comentario al art. 34: «Que la protección de la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por su omisión a error, haciéndole creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima» (los subs. son nuestros). Para la resistencia de TROPLONG a admitir la adquisición registral *a non domino*, *vid* el texto del a. p. 355, transcrito *supra* en la nota 149.

(174) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la propiedad español*, *cit.*, pp. 242-243: «Se trata de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente [...] Los autores de la Ley, por este camino, sin precedentes legales, pero con una intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes términos ...».

(175) CASTRO: *Derecho Civil de España* I, 1949, p. 192.

zando, podríamos decir nosotros en el presente contexto: para superar la exageración «germánica» de la inscripción necesaria o constitutiva y la cortedad e insuficiencia protectora del sistema registral francés.

Pero, aunque puesto el colofón, hay que añadir todavía un brevísimo epílogo. Y es que no siempre entre nosotros se ha hecho justicia a nuestro sistema inmobiliario. De él se ha dicho que constituye un híbrido anticientífico (176); que introduce un censurable dualismo en el régimen de los derechos inmobiliarios (177); que, al prescindir de la inscripción

(176) Así DE CASSO: *op. cit.* p. 65: «... el “sistema” tradicional español en materia hipotecaria no existía, y el de la nueva Ley fue un híbrido anticientífico, que, al lado de una proclamación teórica de la publicidad y la especialidad germánicas, rechazaba la necesidad de la inscripción para la eficacia de los Derechos reales, introduciendo ese confusionismo perturbador que aleja del Registro y hace todavía casi inútil su existencia»; *Id.* p. 144: «Pero lejos de estar de acuerdo con la reciente teoría, un poco acomodaticia, o de «consolación», que afirma que nuestro sistema de Registro es *original o típico*, y que así fue ya pensado por los redactores de la Ley de 1861, entendemos que esa necesidad del tercer elemento [la inscripción] para el nacimiento pleno del derecho real, implica únicamente un defecto surgido de una inconsecuencia: la de establecer un dualismo para la eficacia de los derechos reales entre el Derecho Civil y el que podemos llamar Registral. Se aceptaron en 1861, y después, algunos rasgos genuinos del sistema alemán *constitutivo* (presupuestos de «fe pública», de «legitimación», de «especialidad», etc.), pero no se dio entrada, como pidiera Luzuriaga, al que era básico para esos otros: al de *inscripción constitutiva*. Quizá esto fuera disculpable en el momento en que se elaboró aquella primera Ley [...] pero después, y sobre todo hoy, [...] no pueden valer como excusa los argumentos que se vienen manejando, de ser imposible anudar a la inscripción la eficacia de los derechos reales». (Los subs. son del a.)

(177) Así, MORELL: *op. cit.* pp. 527-529: «¿Por qué se aceptó en nuestra legislación el dualismo de relaciones jurídicas ya entre las partes, ya en relación a terceros? Véase lo que se dice en la Exposición de Motivos de la primitiva ley, defendiendo la solución que se aceptó: [...] No es ese el verdadero terreno de la cuestión [...] Imponer en tales condiciones el requisito a medias, exigir la inscripción sólo para las relaciones entre terceros, y no entre las partes [...] será todo lo ecléctico que se quiera, pero constituye un gran error, e introduce una innecesaria confusión en las relaciones jurídicas [...] El único fundamento serio que puede atribuirse a esa distinción está en considerar como único fin del Registro, el de hacer públicas las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles. Si así fuese, ciertamente la publicidad sólo interesaría a los terceros, nunca a las mismas partes contratantes. Pero ni de eso habla la exposición con claridad, ni tal fin es el único que debe llenar el Registro, como hemos probado en las líneas fundamentales de esta obra, ni es la doctrina y tendencia de los arts. 17, 23, 24, 41 y 33 al 38 de la ley». JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de inscripción*, *cit.* pp. 632-633: «Como consecuencia fatal de este eclecticismo, el concepto unitario y absoluto del dominio se desintegra, y no sólo es posible, mejor dicho, frecuente, que un contratante sea dueño con relación al otro, sin que se entienda traspasado el dominio respecto a todos, sino que el goce exclusivo y la facultad de reivindicar, notas características de la propiedad, desaparecen de su definición para dejar paso franco a una cuádruple concepción: [...]». COSSÍO: *Instituciones*, *cit.* p. 67: «... no es éste el lugar de señalar en qué medida lograron los redactores de la nueva ley las finalidades que se habían propuesto. En todo caso, sería injusto cargar sobre sus autores todas las deficiencias que en la misma pueden señalarse: aparte de las dificultades de todo empeño legislativo de esta índole, una reforma a fondo del sistema hipotecario presupone, como requisito indispensable, una revisión total de los conceptos del sistema civil. En tanto esta última no se

constitutiva, monta en el vacío los efectos «germánicos» de la publicidad (178). No es éste el momento ni la ocasión para entrar en la refutación de estas críticas. De lo dicho anteriormente creemos que se desprenden razones suficientes para desmontarlas con toda facilidad. Baste, pues, destacar ahora que, en nuestra opinión, el sistema español

realice todo intento se hallará viciado por el mal de origen de nuestra Ley Hipotecaria, esto es, por la duplicidad de ordenamientos inmobiliarios». DE CASSO: *op. cit.* p. 68: «Consecuencia de ello [de la inscripción declarativa]: Que en nuestro Derecho quedaron vigentes *dos modos* de adquirir o transmitirse el dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles: 1.º Por la *inscripción* [...] *erga omnes* [...] 2.º Por el *contrato, entre los contratantes ...*». Específicamente dedicado al tema. DE LA RICA: *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, RCDI 1950, pp. 625-643. La idea estuvo tan extendida, que llegó a la Exposición de Motivos de 1944: «Cierto es que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometidas a regímenes distintos. Pero interin la mayor parte de ella permanezca al margen del Registro, no se podrán dictar, con esperanza de éxito, las disposiciones adecuadas en evitación de semejante dualismo».

(178) Por todos, CARRETERO, Tirso: *Los principios hipotecarios*, *cit.* pp. 34-35: «Creemos que el primer error de bulto de nuestra doctrina está en considerar el principio de fe pública como la pieza maestra del sistema inmobiliario alemán. [...] Si hay un vértice o pieza maestra del sistema alemán ha de encontrarse, sin duda, en los principios capitales de inscripción constitutiva y acuerdo abstracto, que aparecen en el parágrafo 873, con el que dicho capítulo comienza. El B.G.B., solamente después de estimar conseguida la exactitud registral, como norma general, por la inscripción constitutiva, el acuerdo real, etc., se atreve a establecer las presunciones de exactitud (parágrafos 891 y 892): una, *erga omnes*, pero *juris tantum*: la otra (fe pública), *juris et de jure*, pero en un ámbito reducido al subadquirente, que desconoce la inexactitud registral. [...] Nuestra doctrina rechazó ambas soluciones y cualquier otra que viniese a solucionar el problema básico de la publicidad y los efectos *erga omnes* del derecho real en base al Registro, y creyó ingenuamente que bastaba con introducir el principio de fe pública registral. Nuestra tesis consiste en lo siguiente: Si ampliamos la visión comparatista y damos prevalencia al problema sobre el sistema, nos percatamos en seguida de que si rechazamos la inscripción constitutiva (por claudicar ante la propiedad no registrada, por considerarla excesiva *inter partes*, etc.) y, al propio tiempo, rechazamos el puro principio de inoponibilidad, por su automatismo (protege al tercero aun sin buena fe) y por sus débiles efectos (no implica presunción de exactitud), nos encontramos con un sistema, igualmente lejano de las legislaciones germánicas que de las latinas, en que el principio de fe pública registral, en solitario y, además, minado por el requisito de la onerosidad del tercero, no pasa de ser una colosal carpa de circo, bajo la cual vive su vida el puro régimen de clandestinidad inmobiliaria». Insiste en la misma idea, en *Retornos al Código Civil*, *cit.* pp., e.c., 96: «Por ello creo que la legislación hipotecaria española o va a la inscripción constitutiva o retorna al originario sentido del art. 606 del Código y del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 o se resigna a ser una hermosa fachada vacía por dentro», o p. 136: «Hay países donde no hay Registro, otros donde la inscripción es constitutiva, otros donde la transcripción es requisito de oponibilidad. Sólo en España hay Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material, hecho fáctico, equívoco, casi siempre imposible, que pertenece al terciario de la publicidad y sólo valió en círculos sociales mínimos y cerrados al exterior, cual el villorrio medieval».

de publicidad supera a sus modelos al admitir a la publicidad del Registro todo acto o hecho que implique mutación jurídico-real (179), concediendo a la inscripción, de idéntico valor y significado siempre en sí misma, su verdadera y propia función publicadora de las situaciones jurídicas inmobiliarias. No hay en él distinción entre inscripciones con efectos de publicidad e inscripciones meramente informativas; ni entre sectores de cambios inmobiliarios donde la inscripción es constitutiva y sectores donde sólo es declarativa. Siempre como elemento de cognoscibilidad general, como *fattispecie* de apariencia jurídica (180), su función es la de ofrecer a los terceros una pauta segura de actuación. Habiéndola ofrecido coherente y suficientemente, nuestro sistema de publicidad supera claramente a sus modelos (181), y a la variante germánica que representa el posterior sistema suizo, que, aunque desechó la transmisión abstracta, no llegó a situar a la inscripción registral en el lugar que por su propia naturaleza le corresponde (182).

III. PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Sentadas las bases de nuestro Derecho de Cosas, procede ya engarzar en ellas los principios de nuestro sistema hipotecario. Ni pretendemos entrar directamente en la determinación precisa y expresamente fundamentada de número exacto (*nec plura nec pauciora*) de nuestros Principios Hipotecarios, ni en cada uno de ellos intentaremos agotar su exposición y desarrollo. Por el contrario, partiendo de lo que en esta

(179) Lo destaca ROCA SASTRE: *Transcendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861*. RCDI p. 603: «Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley hipotecaria de 1861 de extender la inscripción en el Registro a todos, absolutamente a todos, los actos y hechos jurídicos que implicasen mutación, cambio o modificación jurídica de transcendencia real inmobiliaria, sin distinción entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte» (sub. del a.).

(180) Omitimos aquí el caso singular, y algún que otro análogo, de la inscripción de la hipoteca, al cual nos hemos referido ampliamente en nuestro trabajo: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación ... cit.*, Recientemente en Italia se ha ocupado del mismo problema GABRELLI GIOVANNI: *La pubblicità legale nel sistema del Codice Civile*. RDC 1992, I, pp. 455 ss., esp., pp. 457-460, quien piensa en la perplejidad que producirá en los juristas extranjeros la incoherencia sin justificación de esa inscripción excepcionalmente constitutiva.

(181) Nuestro juicio es aquí radicalmente opuesto al de MORELL: *op. cit.*, pp. 125-128: «El sistema inmobiliario español, parodiando, aunque sea en sentido contrario, una frase vulgar, parece catedral y es ermita [...] La razón principal de este fracaso de nuestro sistema hipotecario se halla, sin duda, en haberse preocupado más los legisladores de la idea de publicidad que de la verdadera naturaleza de la propiedad inmueble ...».

(182) Tenemos que disentir aquí de SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones. cit.* p. 140: «Este último estadio de la orientación de los sistemas hipotecarios, hacia la inscripción constitutiva no abstracta [...] puede considerarse en la actualidad como incuestionable y no discutido doctrinalmente».

materia es hoy enseñanza común, nuestra atención va a centrarse en destacar la línea de coherencia que va desde la inspiración básica de nuestro Derecho inmobiliario hasta la determinación y concreción de los efectos de la publicidad registral y, en función de tales efectos, hasta la construcción de su soporte, esto es: la forma de organización del Registro y la regulación de los requisitos y condiciones de la inscripción registral. Seguiremos tratando de destacar la comparación, también en este plano, del sistema español con los modelos germánico y francés; será ello lo que, en algún punto concreto, nos haga completar la exposición cuasi-escolástica de los principios en nuestra doctrina hipotecarista y civil.

Así explicitado y concretado el propósito, comenzamos con la indicación de tales principios, para, a continuación, entrar en cada uno de ellos. Dijimos antes, y ahora lo hemos recordado, que un mínimo de exigencia sistemática impone distinguir entre principios relativos a los efectos de la publicidad registral y principios rectores de su organización y requisitos. Entre los primeros —principios sustantivos— creemos que deben enumerarse: el de inoponibilidad a terceros de lo no publicado; el de prioridad-rango; los dos a veces incluidos en el de publicidad, esto es: el de legitimación o presunción de exactitud del Registro y el de fe pública registral; y, finalmente, el de buena fe. Entre los segundos —principios instrumentales, adjetivos u organizadores—, el de publicidad en sentido formal, el de especialidad, el de publicidad real o folio real; el de inscripción, referido a la forma de practicarse el asiento registral principal, como contrapuesto a los de transcripción y encasillado: todos ellos referidos a la organización del Registro; tras éstos, el de rogación; desdoblados los que a veces se reúnen en el principio de legalidad: el de titulación auténtica y el de calificación registral; el de prioridad-cierre; y el de tracto sucesivo: estos últimos, referidos a la práctica de la inscripción. Como puede verse, y a pesar de algún añadido que más adelante se tratará de justificar, es la propuesta una enumeración *canónica* en la que, naturalmente, por estar pensada para nuestro Derecho, faltan principios tan extraños al mismo como los de inscripción y consentimiento (183).

(183) El principio de inscripción (*Eintragungsgrundsatz, Buchungsprinzip*) es de cuño netamente alemán, constituyendo su núcleo la integración de la inscripción registral en el proceso de la transmisión jurídico-real. Así se le presenta en STAUDINGER-ERTL.: Vorbem zu §§ 873-902. Rz 27: «d) Eintragungsprinzip: Das Eigentum geht durch Grundbucheintragung über. Das reine Eintragungsprinzip mit formaler Rechtskraftwirkung hat vor 1900 zB in Hamburg, Mecklenburg, Sachsen, geherrscht und war im bayerischen Entwurf eines BGB (1864) vorgesehen. Obwohl das im deutschen Rechtskreis geltende Recht das Eintragungs- und Konsensprinzip so miteinander verbunden hat, daß weder Eintragung allein noch Konsens allein genügt, bestehen Unterschiede. Nach BGB (§§ 873; 925) bewirken nur dingliche Einigung (in Auflassungsform) und Eintragung als selbständige Voraussetzungen gemeinsam den rechtsgeschäftlichen Eigentümerwerb, der in der Schweiz durch öffentlich beurkundeten

(nichtdinglichen) Vertrag und Eintrag (Art 656, 657, 972 ZGB), in Österreich durch Erwerbsgeschäft in beglaubigter oder öffentlicher Urkunde und Einverleibung im Grundbuch (§§ 380, 431, 432 ABGB) und in der DDR durch öffentlich beurkundeten und staatlich genehmigten Vertrag und Grundbucheintragung (§ 297 ZGB) erfolgt». De la misma forma lo presenta DESCHENAUX *op. cit.* pp. 7-8, en el Derecho Suizo, aunque destacando, lo que valdría también para el Derecho alemán, su versión débil en los supuestos donde la inscripción tiene valor sólo declarativo; «3. *Principe de l'inscription*. La publicité foncière du droit suisse va jusqu'à exiger, en principe, pour toute modification de droits réels une opération dans le registre, qui forme le pendant du transfert de possession pour les meubles. «L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière» (art. 656 al. 1: pour les autres droits réels, voir art. 731 al. 1, 746 al. 1, 783 al. 1, 799 al. 1). «La propriété s'éteint par la radiation de l'inscription ...» (art. 666 al. 1; pour les autres droits réels, voir art. 712 *fa* al. 1, 734 al. 1, 748 al. 1, 801 al. 1). On parle de l'effet *négalif* du registre foncier (sans inscription, pas de modification du droit réel) ou de son effet *constitutif* ou encore *extintif*; qui s'applique entre parties comme à l'égard des tiers. Ce principe de l'inscription (au sens d'opération au registre) comporte des exceptions. Des droits naissent et s'éteignent sans inscription. C'est ainsi qu'il y a des modes d'acquisition de plein droit de la propriété (art. 656 al. 2, 665 al. 2, 963 al. 2): occupation, succession, expropriation, exécution forcée, jugement). Et la propriété, comme les autres droits, peut aussi se perdre *ipso jure*, par exemple par la perte totale de l'immeuble (art. 666 al. 1, 734, 786 al. 1, 801 al. 1), par l'expropriation (art. 666 al. 2), par le décès de l'usufruitier (art. 749 al. 1). Le principe de l'inscription est donc soit absolu, soit relatif. Il est *absolu* lorsque la loi subordonne à l'inscription la constitution ou l'extinction d'un droit (art. 971/972). Il est ainsi par exemple pour le transfert de la propriété par acte juridique et à titre particulier. Il est *relatif* lorsque l'inscription n'est pas nécessaire pour la modification des droits réels, mais qu'elle doit tout de même être opérée, notamment pour que le bénéficiaire puisse disposer du droit dans le registre foncière (art. 656 al. 2). L'inscription est alors *déclarative*. Nécessaire ou non, l'inscription n'est jamais suffisante, en l'absence de titre, pour créer, modifier ou éteindre des droits réels. Le principe d'inscription, absolu ou relatif, n'est pas radicalisé». En nuestro Derecho, donde la transmisión negocial se produce fuera del Registro, por el sistema del título y el modo, no puede hablarse, aunque se lo haga con frecuencia, de principio de inscripción. Disiente de este planteamiento, en nuestra más reciente doctrina, GARCÍA GARCÍA *op. cit.* I, pp. 557 ss., para quien «determinar el alcance de la inscripción respecto a la formación o conformación del derecho real es el tema fundamental del principio de inscripción», lo que le lleva a defender el «principio de inscripción», «pero bajo la idea de que la inscripción representa un importante papel en la mutación jurídico-real inmobiliaria, sea por la vía de la inscripción constitutiva en los supuestos ciertamente excepcionales pero muy importantes en que se admite (hipoteca y otros), o sea, por vía de la inscripción «conformadora» de la plena eficacia real «erga omnes». En el primer caso, estamos ante la inscripción constitutiva propiamente dicha. En el segundo caso, estamos ante lo que denominaremos inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva de la eficacia real «erga omnes» del derecho real, es decir, ante una especie de inscripción constitutiva respecto a terceros. Pero excluimos la vía negativa de la llamada «inscripción meramente declarativa». Nosotros pensamos que si esta materia hubiera de llevarse al elenco de los principios para constituirlos en uno de ellos, en nuestro Derecho habría que hablar, como indican LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 64, de un «principio de no inscripción». En todo caso, el valor de la inscripción ha quedado ya tratado en el curso de esta exposición al hablar de la base de nuestro Derecho de Cosas consistente en la publicidad no constitutiva de los derechos reales inmobiliarios.

Igualmente de cuño netamente alemán es el llamado *principio del consentimiento*. Rizando el rizo de la transmisión abstracta, en Alemania se distingue entre un consentimiento material, referido al acuerdo real abstracto (*Einigungsgrundsatz, materielles Konsensprinzip*) y un consentimiento formal (*Eintragungsbewilligung*), consistente en la declaración por la que el interesado autoriza unilateralmente la práctica de un asiento que modifica su situación tabular. A veces este segundo consentimiento, que también se considera negocio abstracto, es suficiente para la toma de razón registral. Para la distinción entre consentimiento material y formal, *Cfr.* STAUDINGER-ERTL, *cit.*, § 873, Rz 118: «... *Einigung und Bewilligung sind zwei selbständige Rechtsakte. Ihr Wesenunterschied darin besteht, daß in der Einigung der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet ist, während mit der Bewilligung der Betroffene einseitig eine seine Grundbuchposition beeinträchtigende Eintragung gestattet. Einigung und Bewilligung können aber in den gleichen Erklärungen der Beteiligten enthalten sein, erscheinen dann äußerlich als Einheit, sind aber in Wirklichkeit ein Doppeltatbestand, der in seine beiden Bestandteile Einigung und Bewilligung zerlegt und getrennt werden muß*»; *Id.* Rz 124: «Die Wesenunterschiede sind nahezu lückenlos geklärt. *Die Einigung ist eine materielle Voraussetzung der dinglichen Rechtsänderung, die Bewilligung eine formelle Voraussetzung der Grundsacheintragung.* Die Einigung ist im BGB (§ 873), die Bewilligung in der GBO (§ 19) geregelt. In der Einigung ist der Wille der Beteiligten auf die materielle Rechtsänderung gerichtet, in der Bewilligung auf die Gestattung der Eintragungstätigkeit des GBAmts. Empfänger der Einigungserklärung ist 'der andere Teil' (§ 873), Adressat der Bewilligung das GBAmt. Die Bewilligung muß der Eintragung vorausgehen, die Einigung kann ihr nachfolgen. Die Einigung ist idR formlos, die Bewilligung formgebunden (§ 29 GBO). Von Ausnahmen abgesehen kann die Einigung bedingt oder befristet erklärt werden, die Bewilligung nicht. Fehlt die Einigung, so wird sie durch die Bewilligung nicht ersetzt, fehlt die Bewilligung oder weicht sie von der Einigung ab, so ist die Eintragung trotzdem wirksam. Bei fehlender Einigung kann die Eintragung unrichtig sein (§ 894), bei fehlender Bewilligung nicht. Sind die Erklärungen über die Einigung und Bewilligung äußerlich eine Einheit, was zulässig ist und in der Praxis häufig vorkommt, muß diese scheinbare Erklärungseinheit durch Auslegung in ihre Einzelbestandteile "Einigung" und "Bewilligung" zerlegt und dann rechtlich getrennt beurteilt werden. *Vid* también, WOLFF: *op. cit.* pp. 187-192. En nuestra doctrina y para nuestro Derecho sólo defendió el principio del consentimiento («corajudamente», dice GIMÉNEZ ARNAU: *op. cit.* p. 28) don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El principio del consentimiento*, «Estudios ...» *cit.* pp. 406 ss. Es evidente que el causalismo de nuestro Derecho, y el ser en él los actos y contratos (títulos en sentido material) de finalidad transmisiva lo que constituye el objeto de la inscripción, que, por otra parte, puede ser solicitada por persona distinta al titular registral (art. 6 LH), impiden todo parecido con el principio alemán del consentimiento. Nuestra doctrina, que al tratar de la materia suele comprender en ella tanto el consentimiento material como el formal, se muestra generalmente contraria a este principio, aunque, con frecuencia, admite ciertas manifestaciones del consentimiento formal en nuestra legislación hipotecaria. *Cfr.* en tal sentido, e.c., COSSÍO: *op. cit.* pp. 105-107; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones II, cit.* 17 ss.; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) pp. 50-51. Específicamente para el consentimiento formal: Díez-PICAZO: *El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación*, RCDI 1967 pp. 1263-1290. La reciente Resolución de 2 de noviembre de 1992, rechazando por razones de coherencia sistemática la posibilidad del consentimiento formal en nuestro Derecho, afirma que «En esta interpretación —la única que permite la congruencia sistemática— no carece de sentido el texto del párrafo primero del art. 82 de la Ley Hipotecaria. Su finalidad no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto».

I. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS

De acuerdo, pues, con el orden enunciado, y por exigencia lógica, comenzaremos por los principios sustantivos. En el orden lógico, en efecto, la representación ideal del alcance previsto y querido para la publicidad, es previa a la elección de los principios que se pondrán al servicio de su instrumentación. Pues bien, ello supuesto, en nuestro Derecho Inmobiliario Registral pueden destacarse como principios sustantivos los siguientes:

1.º *Principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito.* Es éste un principio generalmente omitido en nuestra doctrina (184), a pesar del extraordinario relieve con que la inoponibilidad de lo no inscrito se destaca en la Exposición de Motivos de 1861 y en nuestra primitiva doctrina hipotecaria, y a pesar también del sabor claramente «inoponibilista» del art. 32 de la Ley Hipotecaria y del art. 606 del Código Civil (185). No deja de ser sorprendente que en un sistema que se consideró condensado en la norma que hoy contiene el art. 32 LH (186), y cuyo «cardinal principio», en expresión de GÓMEZ DE LA SERNA, es que «no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro» (187), no se reconozca como uno de sus principios configuradores el de la inoponibilidad de lo no inscrito.

¿Cuál puede ser la razón de esta sorprendente omisión? Claramente, dos; de valor muy distinto cada una de ellas. La primera: que el recurso a la selección de los principios como técnica que permite la visión panorámica del conjunto y que destaca sus líneas explicativas, es de importación alemana, y en Alemania, como es sabido, no puede hablarse de un principio autónomo de inoponibilidad. Y la segunda: que en nuestra doctrina de la publicidad inmobiliaria, los elementos positivos de la legitimación y de la fe pública registral, —aunque ya contenidos en la Ley Hipotecaria de 1861, tan tenuemente expresados en la misma—, han ido progresivamente tomando cuerpo y ganando terreno hasta llegar a invadir y vaciar de sentido propio al art. 32, según interpretación del mismo muy prestigiosa y extendida. Dos factores, a su vez, pueden haber intervenido en esta segunda razón: uno, más su-

(184) La excepción es aquí GARCÍA GARCÍA, que lo enumera entre los principios que se refieren a los efectos de la inscripción (*op. cit.* L p. 538), lo expone sucintamente como tal principio (*ib.* pp. 541-542) y lo desarrolla ampliamente con independencia del de fe pública registral (*op. cit.* II, pp. 29-226).

(185) Hay otros preceptos que lo fundamentan. GARCÍA GARCÍA (*op. cit.* II, p. 29) aduce como tales los siguientes: 13 LH; 313 LH; 225 LH; 1473, II CC; 1526 CC; 1549 CC; 5 LPH.

(186) *Cf.* lo dicho, *supra*, en las notas 157 y 158.

(187) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 600, entre tantos otros testimonios.

perfidial, la fascinación producida entre nosotros por todo lo germánico; otra, de mayor peso, la natural proclividad en un Registro de publicidad positiva, como el nuestro —en esto tan opuesto al francés, prototipo de los Registros de inoponibilidad— a que dicha inoponibilidad, de no actuar en zonas o en aspectos ajenos a los de la fe pública registral, tienda a confundirse en ésta como su simple manifestación negativa.

La primera de estas dos razones carece, obviamente, de todo valor. Si estamos tratando de fundamentar, desde nuestro Derecho y para nuestro Derecho, los principios hipotecarios, es claro que ningún valor decisivo puede tener para nosotros lo que en el sistema alemán ocurra respecto al principio de inoponibilidad. Pasar al juicio de la segunda razón nos impondría, en cambio, tenernos que adentrar en la *vexata quaestio* de la relación entre los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y, consiguientemente, del monismo o dualismo del tercero hipotecario. Es evidente que la complejidad de la cuestión y la extensión que ha tomado en nuestra doctrina (188), impiden su tratamiento directo y a fondo en sede como ésta, dedicada a la simple y genérica exposición de los Principios Hipotecarios. Baste aquí, por tanto, una toma de posición, cuya fundamentación y desarrollo tendrá que quedar remitida al momento en que estudiemos *ex profeso* y con detenimiento los efectos de la publicidad.

En nuestra opinión, y comenzando por lo que parece menos discutible, debe retenerse como cierto que los arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no vienen a coincidir hasta el punto de contener una sola e idéntica norma, formulada negativamente en el primero y positivamente en el segundo. En cuanto a los requisitos exigidos en cada uno de ellos, hay que admitir que el art. 32 no requiere, al menos, el dato de la previa inscripción para proteger al tercero que, por primera vez, inscribe. Por aquí la inoponibilidad de lo no inscrito conserva una zona propia a la que evidentemente no puede llegar la fe pública registral (189). Y en cuanto a la filosofía subyacente a cada precepto, parece necesario convenir que mientras el art. 34 responde a la idea de la protección de la apariencia jurídico-registral, el art. 32 da expresión a la más primaria eficacia de la publicidad en su lucha contra la clandestinidad: la preferencia del título inscrito en colisión con el no inscrito (190).

Esto supuesto, el art. 32 LH bastaría para afirmar la autonomía del principio de oponibilidad y la existencia en nuestro Derecho de una zona,

(188) Aquí, sin entrar siquiera en la indicación de sus protagonistas principales y de sus trabajos más significativos, sólo podemos remitir a su presentación en obras generales como la de ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 546 ss. o GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 91 ss.

(189) Nos convence en este punto la argumentación de LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984), pp. 173-176.

(190) Así, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 64.

limitada pero importante, donde ésta actúa en solitario, más allá del círculo concentrado que la ley reserva a la fe pública registral. Creemos, con todo, que es posible señalar con mayor amplitud la extensión del principio ahora en estudio, iluminado desde el mismo el agitado e importante problema de la confrontación entre la anotación de embargo y los derechos sobre el bien embargado anteriores a ella y no inscritos. ALVAREZ CAPEROCHIPI lo ha hecho con valentía y su opinión ha encontrado eco en recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros (191).

Más generalmente, el principio de inoponibilidad, en tanto que manifestación primaria del significado mínimo de la publicidad, viabiliza lo que ROCA SASTRE, —incluyéndolo en el principio de publicidad, en coherencia con su concepción «monista»—, distingue y denomina como la función o energía del Registro «como instrumento de afección de lo inscrito a terceros [adquirentes, añade ROCA] (192). La más variada gama de modalizaciones, gravámenes y afecciones del derecho inscrito,

(191) ALVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.* pp. 145 ss., esp. 155-163. Las Resoluciones a que nos referimos son la de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, que en el punto que aquí interesa se producen en idénticos términos: «... ha de repararse que al no existir —y ello es indudable al tiempo de producirse los hechos enjuiciados— ningún mecanismo que asegurase la constancia en el proceso de ejecución de esa inscripción posterior a la anotación del embargo basada en un título traslativo anterior al embargo mismo, se corría el riesgo de la continuación innecesaria de un proceso cuyo resultado no iba a lograr reconocimiento jurídico alguno (el titular registral se presume dueño a todos los efectos legales —*vid* art. 38. 1 de la Ley Hipotecaria—), con el consiguiente descrédito para las ejecuciones procesales y el injustificado trato que se otorgaría a los eventuales postores (quienes ni siquiera consultando el Registro al tiempo de la subasta podrán adquirir certeza de la titularidad del ejecutado sobre el bien a ejecutar, pues esa inscripción intermedia podría sobrevenir en el ínterin entre la subasta y la presentación en el Registro del auto de adjudicación) que no sólo perderían el bien adquirido, sino que encontrarían importantes dificultades para recuperar el precio abonado; y todo ello en beneficio de quien —quizá conscientemente— no sólo retrasó la inscripción de su derecho respecto de la constatación registral del embargo, sino que, además, adopta una postura pasiva, absteniéndose de hacer valer ese derecho en el proceso entablado, a pesar de que el Registro ya advirtiera en el momento de su inscripción, de la existencia de dicho proceso. Ha de reconocerse la poca coherencia de una solución que impone la publicidad registral del embargo a fin de dar seguridad al tráfico jurídico, pero que al mismo tiempo concibe la inscripción como un instrumento de inutilización de un embargo anteriormente anotado, y al margen del proceso mismo en que se decreta; la más estricta lógica jurídica impone que desde que el embargo accede al Registro de la Propiedad, éste se convierte en garante de su íntegra eficacia mientras no sea alzado por el Juez que lo decretara; aun cuando el título anterior al embargo sea de mejor condición que éste, no puede pretenderse que la sola inscripción registral proporcione una tutela definitiva frente al embargo, pues ni siquiera se anticipó a dicho embargo en la constatación tabular». En este mismo problema se manifiesta más restrictava y precavidamente GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 52: «... Y también es tercero, a pesar de la abundante jurisprudencia y doctrina en contrario, *el anotante de embargo*, al menos frente a otras anotaciones de embargo, hipotecas y adquisiciones realizadas con posterioridad».

(192) ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 297 y 305-306.

serán oponibles a tercero sólo si constan registralmente en forma suficiente, bien sea a través de la inscripción del derecho principal (art. 13 LH), bien a través de anotación preventiva (arts. 69 y 71 LH), bien por nota marginal (arts. 259, 2 y 265, III RH). En este aspecto, como destaca el mismo ROCA SASTRE, la publicidad no juega como elemento de protección en favor de terceros adquirentes, sino desempeñando un cometido de afección negativa, en cuanto impone tener que soportar cargas o gravámenes que no son susceptibles de transmisión protegible (193).

Prosiguiendo en esta misma línea, desde el principio que ve en el Registro un elemento de cognoscibilidad que permite oponer a terceros lo que en el mismo se publica, y que, supuesta la posibilidad de dicha publicación, declara inoponible lo no inscrito, debe entenderse el régimen previsto en nuestro Derecho para la proyección a terceros de la relación arrendaticia (arts. 2, 5 LH; 13 y 15 RH; 1549 y 1571 CC; 13, 1 (II); 14 (II); 25, 4; 29 LAU), e incluso para la oponibilidad de las resoluciones que declaran la incapacidad de las personas y las situaciones que afectan a su libertad dispositiva (arts. 2, 4; 42, 5; 43, 3; 73, 2 LH; 10; 55; 166, 5 RH; 214 CC). En el primer caso, por más que la Exposición de Motivos de 1861 llegue a afirmar lo contrario (194), salimos del campo propio de los derechos reales; en el segundo se trae a la publicidad y se supedita a su juego una situación directamente personal del individuo. En ambos, con todo, nuestro legislador actuó con buen criterio y, aunque muy criticado por haber traído al Registro de la Propiedad la constancia de las situaciones de incapacidad de obrar, nadie podrá negarle que al hacerlo fue fiel a la finalidad que se había propuesto: la de dar completa seguridad al adquirente (195).

Finalmente, nos parece, al principio de inoponibilidad responde, sin necesidad ni posibilidad de entrar ahora en la polémica sobre su interpretación, el art. 313 de la Ley Hipotecaria (196).

(193) ROCA SASTRE: *loc. ant. cit.*

(194) E. M. p. 244: «La Comisión no debe ocultarlo: en ellos [los arrendamientos inscribibles] ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

(195) E. M., p. 243: «Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido». Sabido es de sobra cómo, a partir sobre todo de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la doctrina ha venido desactivando nuestro régimen legal de supeditación de la incapacidad a su publicidad en el Registro de la Propiedad Sobre ello, y tratando de recuperar dicho régimen, vid. nuestro estudio *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid 1986, pp., esp., 116-148.

(196) Para el art. 313 y la polémica en su interpretación, *vid* por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 272-297 y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 613 y ss.

Recapitulando, y ciñéndonos al tono general que exige el presente planteamiento, podemos concluir y destacar que en un sistema donde la inscripción no es constitutiva; donde, por tanto, es posible la existencia y adquisición de derechos reales al margen del Registro, la inoponibilidad del título no inscrito y la preferencia frente a él del título inscrito, constituye una manifestación primaria y mínima del *favor publicitatis*, que ni se traduce en la nulidad de lo no inscrito ni convierte a la inscripción en requisito de validez de lo inscrito, sino que se limita a consistir en ese puro, aunque decisivo, criterio legal de preferencia que formula el art. 32 de la Ley Hipotecaria. En él la inoponibilidad de lo no inscrito no es la otra cara o la expresión negativa de la fe pública registral; es, en cambio, la expresión, como diría OLIVER comentando el Anteproyecto de LUZURIAGA, del primer y natural efecto de la toma de razón, conocido en la legislación española desde el siglo XVI, es a saber: que «ningún título traslativo de la propiedad de bienes raíces, o constitutivo de cualquier otro derecho real sobre los mismos, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro» (197). Es evidente que en esta proyección de la publicidad resplandece el componente latino de nuestro Registro de la Propiedad (198), que integra entre sus efectos el de la inoponibilidad de lo no inscrito. Con todo, debe advertirse que la más sólida consistencia del edificio de nuestra publicidad registral, y, por consecuencia de ella, la interpretación de esta última en clave de apariencia jurídica protegida, permite en nuestro Derecho un compromiso con la inoponibilidad al que no siempre se llega en Francia (199): la omisión de la toma de razón, en combinación con lo previamente inscrito, e incluso en sí misma, genera para los terceros una apariencia negativa en cuya confianza no pueden ser defraudados. De esta forma, más allá del concreto y literal supuesto del art. 32 —también en él— el principio de inoponibi-

(197) OLIVER: *op. cit.* p. 47-48.

(198) *Cfr.* en la Ley francesa de Transcripción de 1855, el art. 3, indicador del significado general de la publicidad registral:

«Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois.

Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans».

(199) *Cfr.* TROPLONG: *op. cit.* p. 397, para la reducción de los efectos de la no inscripción de las sentencias sobre nulidad, rescisión o resolución de un acto inscrito: «On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, à l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée». Se hace eco de ello en nuestra doctrina JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios...*, «Estudios ...» I, *cit.* p. 67: «Ni aun los juicios que declaren la resolución, la nulidad o la rescisión de un acto transcrito, necesitan de la transcripción para producir sus efectos, porque la ley se ha contentado con imponer al abogado que haya obtenido el fallo la obligación de hacerlo constar por nota al margen del asiento correspondiente, bajo multa de 100 francos».

alidad está perfectamente en línea con la idea de un Registro concebido como elemento fiable de cognoscibilidad *erga omnes* de las situaciones jurídicas (derechos, cargas o afecciones, arrendamientos en determinadas circunstancias —hoy, en general—, incluso incapacidad y limitaciones en la libertad dispositiva de su titular) inmobiliarias, cuya predisposición legal impone al legislador el mínimo de coherencia consistente en evitar al tercero la sorpresa de que pueda verse perjudicado por un derecho o por un dato inscribible y del que, de hecho, el Registro no le dió oportuna noticia.

2.º *Principio de prioridad-rango*. Muy próximo al principio de inoponibilidad aunque, como veremos, no identificado absolutamente con él, se presenta, éste sí, con reconocimiento general en la doctrina, el principio de prioridad (200).

Su significación central es clara: Supuesta la regla de preferencia en la colisión de los derechos reales, *prior tempore, potior jure*, una vez instaurado el Registro de la Propiedad y apenas uno de los derechos en liza esté inscrito, la prioridad que cuenta no es ya la del título generador sino la de su ingreso en el Registro. Se sigue naturalmente de ello en nuestro sistema, tanto el cierre registral a los derechos que, aunque anteriores en su fecha, lleguen al Registro con posterioridad a otro que en él se encuentre inscrito y con el que sean incompatibles, como la determinación del rango de los derechos compatibles; también éste vendrá determinado por la prioridad de la inscripción, y no por la del título constitutivo. Es ello plenamente coherente con el significado del Registro y con las razones que llevaron a implantarlo: si la clandestinidad era la peste a combatir, y el Registro el instrumento jurídico para superarla, se entiende perfectamente que en caso de colisión o concurrencia de derechos sea la publicidad la que dirima. VILLARES lo indicó diciendo que el principio de publicidad bien podría llamarse «principio de luz pública registral» (201).

Dicho esto, proseguir un paso adelante puede suponer salir del terreno de lo claro para entrar en el de lo confuso y discutible. Yendo a la naturaleza del principio de prioridad: ¿constituye éste un principio sustantivo, o se limita a ser un principio adjetivo o formal? La respuesta no es sencilla. GÓMEZ DE LA SERNA, en el comentario al artículo 17 de la Ley Hipotecaria, relativizaba la importancia del cierre registral y de la norma que lo establece: esta última —decía— no sería, en rigor, necesaria, ya que el cierre

(200) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 552, tras la exposición y crítica de las de SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE, propone la siguiente definición del mismo: «*aquel principio hipotecario en virtud del cual los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen en caso de conflicto frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación en el libro Diario*».

(201) VILLARES PICÓ, M.: *op. cit.* p. 297: «Este principio de prioridad también podemos llamarle de «luz pública registral», ya que la Ley protege al inscribente que primero trae a la luz pública un acto o contrato sobre la propiedad inmueble, sacándolo de la gestación clandestina».

es pura aplicación del valor atribuido a la publicidad, según aparece en el principio de inoponibilidad (202); hoy, en cambio, no es infrecuente situar el principio de prioridad, no entre los adjetivos o de pura organización del Registro, sino entre los que se refieren a los efectos sustantivos de la inscripción (203). La razón de la dificultad se ve inmediatamente: si se cargan las tintas en la sustantividad de la prioridad, termina ésta por desembocar en la inoponibilidad, perdiendo en ella su propia individualidad y autonomía (204),

(202) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 524 y 527: «La disposición única que este artículo [el 17] contiene tiene bastante importancia, porque es una consecuencia necesaria y una explicación práctica del principio general que domina en la Ley de que sólo pueden perjudicar al adquirente o al prestamista los actos y contratos, derechos y gravámenes que estén en el Registro antes de hacer éste su inscripción [...] De todo lo dicho se infiere, que si bien el artículo que dejamos comentado tiene mucha importancia, no por eso puede ser calificado como un de las bases capitales del Ley: es sólo una de las consecuencias del sistema adoptado, utilísimas por las razones expuestas, tanto en los Motivos escritos por la Comisión de Codificación, como en las indicaciones que preceden. Sin él no variarían los principios capitales de la Ley, ni ninguna de sus indeclinables consecuencias, pero faltaría una regla utilísimas que después de enunciada no nos parece que pueda ser impugnada con fundamento».

(203) Así, e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 167-170, donde el principio de prioridad aparece con los de legitimación y fe pública registral, constituyendo los «Principios que rigen los efectos de la inscripción». También, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 538 y 543-544.

(204) Como una aplicación del principio de inoponibilidad aparece el cierre registral en la Exposición de Motivos de 1861, pp. 248-249: «Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio, no pueda inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble». Igual ocurría en los comentarios de LUZURIAGA al Proyecto de 1851, *op. cit.* p. 951, donde se dice que los arts. 1859 (preferencia del comprador posterior que primero inscribe) y 1860 (preferencia de acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualesquiera derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles) «son aplicación exacta del principio consignado en el artículo anterior [1858: *Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, [...] surte efecto contra el tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público*]; y aunque, por lo mismo, pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la grande importancia del objeto que encierran, y que no debe dejarse dependiente de interpretaciones». Es significativo, en este sentido, que en las Resoluciones de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, citadas *supra*, nota 191, tras argumentarse desde la óptica de la inoponibilidad de lo no inscrito al tercero que inscribe, se haga tránsito a la fundamentación de idéntico resultado desde el punto de vista del principio de prioridad: «La consideración de que el proceso de ejecución y su resultado —el remate— han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que, aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución, cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria). En efecto, por virtud de este postulado, el título que primero accede al Registro, determina, por esta sola razón, el cierre registral respecto de cualquier otro que, aun siendo anterior, resulte incompatible con él; es indiferente que el título que primero accedió al Registro sea de peor condición que el incompatible, y que, en definitiva, haya de ceder ante él, pues mientras la inscripción de aquel subsista, este otro verá cerrado su reflejo registral y, puesto que aquella

con el inevitable y paradójico resultado de quedar reducida su más característica manifestación legal —el cierre registral (art. 17 LH)— a una simple operación libraria. Quizá por ello sea lo mejor desdoblar, distinguiendo dentro de la prioridad registral entre el efecto jerarquizador del rango y el efecto del cierre del Registro (205): el primero sería de naturaleza sustantiva, mientras que el segundo tendría carácter adjetivo o formal (206).

inscripción queda bajo la salvaguardia de los Tribunales (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), es obvio que será al titular incompatible a quien corresponderá la carga de impugnar judicialmente aquella. Siendo esto así y siendo evidente la incompatibilidad entre el embargo anotado y la enajenación anterior que aún no se ha inscrito, obligado es concluir, bien que esta enajenación anterior no podrá ser ya inscrita después de la anotación del embargo, bien que ha de admitirse —como solución más práctica— tal inscripción (por analogía con la inscripción de una enajenación posterior del bien trabado —art. 71 de la Ley Hipotecaria—), pero con absoluta supeditación a aquel embargo, de modo que al acceder al Registro el remate, su inscripción provocará la cancelación de aquella, como ocurre respecto de las inscripciones de enajenación posterior al embargo mismo». En la doctrina, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 578, que admite como distintos los principios de inoponibilidad y de prioridad, reconoce que: «En realidad, es tal el contacto mutuo entre el principio de prioridad y el de inoponibilidad, que uno y otro se presuponen y tienen el mismo fundamento. Puede decirse que ambos contemplan la misma realidad, pero desde distintos campos de estudio».

(205) Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, p. 185; LACRUZ-SANCHO: *Op. cit.* (1968), p. 151.

(206) En general, la distinción entre la doble dimensión, material y formal, del principio de prioridad, puede verse en MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 294: «g) Vorrang-Grundsatz (Prioritätsprinzip). Das Rangverhältnis [...] hat materiellrechtliche und formelle Bedeutung; man muß daher theoretisch zwischen materiellen und formellen Rang unterscheiden». Establecida dicha distinción, el rango hipotecario, pertenece al orden de lo material, y, en función de ello —dirá COSSÍO: *op. cit.* p. 172— «se sustantiviza y puede incluso convertirse en objeto de negocios jurídicos»; en Alemania —STAUDINGER-ERTL: Vorbem. zu §§ 873-902, Rz 23— se dice que el rango: «für den Wert des Rechts und seine Priorität in der Zwangsvollstreckung entscheidend ist». El cierre registral, en cambio, pertenecería al orden de lo formal. En efecto, carácter formal le atribuyen, entre otros, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit. p. 160: «Gómez de la Serna creo que es el primero que en España ve la diferencia entre uno y otro precepto [el actual art. 1473 del CC y el art. 17 LH]. Es decir, el CC contiene una regla de fondo, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el CC en la colisión produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al CC una excepción, o fin de non procéder, con arreglo a la Ley Hipotecaria, una inadmisión, une fin de non recevoir. La primera no actúa más que alegada por la parte; la segunda, de oficio, automáticamente, por el Registrador»; ROCA SASTRE: *op. ant. cit.* p., esp., 207: «[...] el art. 17, I, tiene un valor normativo de finalidad inmediata meramente formal, pues va dirigido al Registrador para que se abstenga de inscribir el título o acto registrable que simplemente resulte incompatible con el ya inscrito o anotado [...] abstracción hecha de toda idea de prioridad material»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 160, quienes afirman que el art. 17 fue introducido en la Ley Hipotecaria de 1861 «como un medio de dar cauce formal a la regla sustantiva que, en caso de doble venta de una cosa, concede el dominio al adquirente que inscribe su título en el Registro», «teniendo [...] finalidad simplemente formal y de régimen interior del Registro» (pág. 162); también COSSÍO *op. cit.* p. 170, para quien el cierre registral proporciona al rango su «más eficaz defensa de carácter formal o adjetivo». Discrepa de este punto de vista, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 571, 573-574 y 680-682, para quien la reducción del art. 17 a lo puramente formal constituye uno de los «tópicos antihipotecarios» o «bacterias que perjudican al sistema».

La complejidad de contenido y la diferencia de significación que el principio de prioridad puede llegar a alcanzar se pone de manifiesto con sólo observar su juego en los distintos sistemas hipotecarios. El principio de prioridad, de evidente sabor latino, viene a constituir la base del sistema francés, concretando temporalmente el inicio de la oponibilidad del título inscrito en la fecha de su depósito en la oficina del Registro (207). Se produce de esta manera una total correspondencia y adecuación entre el efecto de la publicidad, cifrado en la supeditación de la oponibilidad, y el principio de prioridad que concreta su inicio. Puede así decirse que la prioridad registral es la base del sistema de transcripción, y que en el sistema de transcripción el Registro es un «Registro de prioridad» (208). Pero con ser tan característico del sistema francés, no es exclusivo del mismo este principio. Con NÚÑEZ LAGOS habrá que decir que la prioridad es común a todos los sistemas hipotecarios; que constituye el efecto primero, rudimentario y fundamental de todo Registro (209). Juega, efectivamente, en Alemania, sin el soporte del Libro Diario, y, con él, en Suiza (210), determinando el rango de los derechos inscritos. En una y otra, con protagonismo menor y bajo el dominio del principio absoluto de la inscripción, o de la inscripción constitutiva, no siendo posible la confrontación entre el derecho inscrito y el no inscrito, el rango absorbe todo el principio de

(207) Cfr. MAZEAUD: *Op. cit.* p. 575: «C'est par le dépôt de l'acte que la publicité est réalisée. C'est donc à compter du jour du dépôt que l'acte est opposable aux tiers».

(208) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ..., cit.* p. 154: «Sobre el principio de prioridad está basado el sistema de transcripción francesa». LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 151, nota 2: «La inatacabilidad del título inscrito por aquellos que no se inscribieron, que forma el aspecto negativo de la publicidad, constituye la base de los Registros de tipo francés, cuyo único fin es ordenar los *iura in re aliena* compatibles con arreglo al tiempo de la transcripción, y resolver la colisión de los derechos incompatibles en favor del que se ha transcrito primero. Tales Registros son conocidos, así, con el nombre de «Registros de prioridad»».

(209) NÚÑEZ LAGOS: *op. et loc. ant. cit.*: «La prioridad es común a todos los sistemas inmobiliarios. Podría decirse que el efecto primero, rudimentario y fundamental de todo libro registro es la prioridad, porque el efecto más primitivo de la documentación pública fue la fijación auténtica de la fecha». También, VILLARES: *op. cit.* p. 297: «Se cree que este principio sólo tiene importancia y razón de ser en los regímenes basados en el sistema francés, en que la inscripción tiene sólo efectos de oponibilidad o eficacia en sentido negativo; pero esto no es exacto, ya que el principio de prioridad existe, con más o menos intensidad, en todo sistema hipotecario...».

(210) ZGB art. 972:

«Die dinglichen Rechte entstehen und erhalten ihren Rang und ihr Datum durch die Eintragung in das Hauptbuch. Ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Ausweise der Anmeldung beigefügt oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden.

Wo nach kantonalem Recht die öffentliche Beurkundung durch den Grundbuchverwalter vermittelt Einschreibung in das Urkundenprotokoll erfolgt, tritt diese an die Stelle der Einschreibung in das Tagebuch.

prioridad (211), que en Alemania se hace topográfico, concretándose en la «casilla» (*Locusprinzip*), dentro de un sistema de «puestos fijos», y que en Suiza, salvo para las garantías inmobiliarias, se mantiene en su dimensión temporal, concretado en la fecha de la presentación en el Libro Diario, a la cual se retrotraen los efectos de la inscripción (212). Preferencia del derecho primeramente inscrito y preclusión, en todo caso, del anterior no inscrito, o sola determinación del rango, son las manifestaciones del principio de prioridad en su consideración comparada.

¿Cuáles son sus perfiles en nuestro Derecho? ¿Se produce en él alguna peculiaridad que lo distinga? La singular fisonomía de nuestro sistema registral invita a responder anticipadamente en sentido afirmativo. En un sistema como el nuestro, que, situado en la pista latina de lanzamiento de la inscripción no constitutiva, se eleva hasta la producción de una publicidad germánica o de efectos plenamente positivos, es lógico que la prioridad registral alcance características propias que la distinguen frente a la de sus modelos habituales. La comparación es muy fácil respecto al sistema germánico, y es el mismo D. JERÓNIMO GONZÁLEZ quien nos la da ya formulada: «Ni el Código Civil alemán, que no reconoce la existencia del Diario, ni aun el suizo, que lo admite, son tan consecuentes como nuestra Ley Hipotecaria con el principio de prioridad» (213). Se entiende que así sea: Siendo posible en nuestro Derecho la existencia de derechos extra-registrales, y adoptado en él como criterio único de jerarquización entre los derechos inscritos el de prioridad y avance de rango, no queda más remedio que dar a la constatación del ingreso en el Registro un relieve más destacado, en lo sustantivo y en lo formal, que el que se le dispensa en los sistemas germánicos. Pero es que incluso en comparación con la del sistema francés, nuestra plasmación de la prioridad registral resulta ventajosa. Y se entiende también que así ocurra: Si, como se dice, en la publicidad francesa la prioridad es *todo*, con ello mismo se está diciendo que la prioridad es el *solo* efecto de la publicidad; de una publicidad negativa o preclusiva, que se limita a inmunizar respecto de la anterior transmisión no inscrita del mismo *auctor*, pero que ni garantiza la titularidad de éste, ni, por tanto, asegura al adquirente que inscribe. El resultado de ello será que en Francia la prioridad se concreta en la simple

(211) La expresión es, de nuevo, de NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* p. 155: «En el sistema alemán del BGB, como no hay prioridad, sino *intra tabulas*, porque el Registro es necesariamente íntegro —lo no inscrito no existe—, el rango absorbe todo el principio de prioridad».

(212) Para todo ello, *cfr.* NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* pp. 156; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas Hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios ... I, *cit.* pp. 113-116; ID.: *Código Civil suizo*, *Ib.* pp. 163-164; SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.^o 17) pp. 48-65.

(213) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de prioridad*, «Estudios ...» I, *cit.* p. 443, nota 4.

constatación de la fecha —ni siquiera la hora (214)— del depósito en el Registro, sin el complemento del cierre registral, al seguir su Registro el sistema del folio personal, y sin que entre el depósito y la inscripción haya necesidad de calificación registral. En nuestro Derecho, en cambio, donde la inscripción va a producir, en tanto que apariencia jurídica, los efectos positivos de la legitimación y la fe pública registral, a la presentación habrá de seguir la calificación registral, y ésta, en combinación con el folio real, podrá llevar, en razón de la prioridad, al cierre registral. Es así cómo el asiento de presentación cobra todo su sentido y relieve (215), y cómo la prioridad desemboca en esa forma de preclusión procesal, sin paralelo en Francia (216), que es el cierre registral. Por otra parte, y yendo al fondo, la prioridad española, en conexión con el efecto de la publicidad en nuestro Derecho, ofrece a quien primero inscribe ventajas muy superiores a las de la francesa. Si en Francia quien primero inscribe no queda asegurado sino frente a anteriores adquirentes no inscritos de su mismo *causam dans*, en España quien se beneficia de la prioridad dentro del ámbito de la fe pública registral, esto es: quien primero inscribe habiendo adquirido en las condiciones del art. 34 LH (217), queda asegurado inmediatamente y *erga omnes*; incluso fuera de ese ámbito, la inscripción del inmatriculante ge-

(214) Para ello, *vid.* MAZEAUD: *op. et loc. ant. cit.*

(215) *Cfr.* DE CASSO: *op. cit.* pp. 549-550: «La necesidad del asiento de presentación es una consecuencia de tener que coordinar los presupuestos de prioridad y legalidad. Si, de una parte, se da preferencia al que *primero inscriba*, y, de otra, no se puede inscribir sino *después de calificar* —lo que requiere tiempo para el estudio del título presentado—, es preciso extender un breve asiento de duración determinada, que, garantizando al particular su *ius prior tempore*, dé al Registrador un *plazo* para calificar e inscribir, suspender o denegar, *retro trayéndose* los efectos de la inscripción, en su caso, a la fecha de aquel» (subs. del a.).

(216) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés, cit.* p. 754: «Conforme al sistema francés es posible, y aun obligado, registrar, a propósito de una misma finca, una doble serie de transmisiones. Está, pues, ausente del sistema francés el principio de prioridad como incompatibilidad formal, sin perjuicio de la transcendencia sustantiva que tenga la prioridad, y que veremos más adelante. Esta ausencia es consecuencia de no admitir el principio de exactitud registral ni el de legalidad. El que conste inscrito un título no significa por sí solo nada respecto a la posible validez de otro que llega después al Registro y que sea incompatible con el primeramente inscrito».

(217) *Cfr.* VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema ..., cit.* p. 305: «El principio de fe pública registral por sí solo no es bastante para obtener la adquisición absoluta, pues puede suceder que este principio haya servido de causa de adquisición a dos adquirentes: el primero fundado en el Registro se decidió a adquirir y celebra el contrato, pero luego no inscribió su título, por ignorancia, por mal consejo o por tacañería; no tuvo interés en asegurar contra todos su adquisición; no fue diligente administrador de sus intereses, y por ello dió lugar a que otro posteriormente, también en virtud de la fe pública registral, se decidiese a adquirir, celebrando la adquisición y presentando el título a inscribir, haciendo uso del principio de prioridad, y así aseguró contra todos su derecho. Es decir, que los dos adquirentes en este supuesto hicieron uso de la causa remota registral, pero sólo uno hizo uso de la causa próxima hipotecaria, que es la que corona la adquisición absoluta».

nera, en favor del mismo, los efectos normales de la legitimación o presunción de exactitud registral y, respecto a los terceros que de él puedan traer causa, los efectos de la fe pública registral, que sólo se suspenden en el plazo de dos años cuando el procedimiento seguido en la inmatriculación no es el que ofrece plenitud de garantías (art. 207 LH).

Claro está que esta posibilidad de entrecruzamiento de la prioridad registral con los principios configuradores de los efectos de la publicidad en nuestro Derecho, puede plantear dificultades a la hora de tener que diferenciarla con nitidez y, en función de su propio fundamento, marcar los límites de sus efectos. Sólo una referencia a cada uno de los puntos indicados.

Llevado el principio de prioridad a un Registro organizado sobre la base del folio real, cabría la posibilidad de confundir su concreción en el cierre registral (art. 17 LH) con la exigencia del tracto sucesivo (art. 20 LH) (218). De hecho, en el comentario de GÓMEZ DE LA SERNA al artículo 17 de la Ley Hipotecaria se contienen razonamientos que suponen tal confusión:

«Cuando el primer adquirente [dice] acude a inscribir ya no es el que le transmitió la cosa o el derecho quien aparece en el Registro como dueño o con la facultad de hacer la transmisión [...] si debe denegarse la inscripción cuando no consta que el enejanante es dueño o que tiene facultad de disponer de lo que cede o grava, no hay motivo ninguno para exceptuar de esta regla al que habiendo tenido antes el derecho, lo perdió, y por lo tanto no puede disponer de la cosa» (219).

Evidencian estas palabras hasta qué punto es cierto que los autores de nuestra Ley Hipotecaria, no obstante servirse con frecuencia de una nomenclatura de clara resonancia francesa, conciben un Registro y una forma de publicidad que tienen muy poco que ver con el modelo de la Ley francesa de Transcripción; y ello advertido como observación general, no hay más que concretarlo al punto ahora propuesto para apreciar cómo en la aplicación de un principio tan latino como el de prioridad, se da en nuestro Derecho el paso adelante que supone la instauración del cierre registral, y en su explicación, por lo que tal paso supone en cuanto a la concepción del Registro y a la organización material de la publicidad, se recurre ya a razones que nada tienen que ver con la idea originaria de la prioridad francesa. De todas formas, la dis-

(218) Cfr., e.c., VILLARES: *op. cit.* pp. 297-298, para quien el principio de prioridad está implícito en el art. 20 LH.

(219) *Op cit.* p. 526.

tinción entre cierre y tracto no es difícil y está hoy pacíficamente recuperada, justamente sobre la base de devolver el cierre al ámbito originario y al espíritu propio de la prioridad: el acto incompatible excluido por el cierre tiene que ser anterior al inscrito y ha de estar otorgado por el mismo *auctor* del que trae causa el nuevo titular ya inscrito; no siendo así, la exclusión procederá no en razón del cierre sino por exigencia del tracto sucesivo (220).

Algo de confusión también se advierte en cuanto a la fundamentación del principio de prioridad. La intensidad de la fe pública registral lleva aquí a un cierto efecto de deslumbramiento por consecuencia del cual, todo lo que no sea ella queda condenado a esa zona de oscuridad donde nada presenta perfiles propios. Tan extendida está la tesis de que la prioridad es una manifestación de la fe pública (221), que GARCÍA GARCÍA la incluye entre los «tópicos» doctrinales a combatir (222). Y lo curioso es que, al igual que antes ocurría a propósito de las relaciones entre cierre y tracto, también en este punto DE LA SERNA se deja deslizar hasta la confusión. Efectivamente, mientras en el comentario al artículo 28 (actual 24), y tomándolo de LUZURIAGA, da a la prioridad su propio fundamento (223), páginas antes, comentando los

(220) Cfr. COSSÍO: *op. cit.* p. 171; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984), p. 134, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 55-56; NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, p. 161.

(221) Vid. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 55: «La consideración del art. 17 como una norma en que se formula el principio de prioridad no es, a mi juicio, exacta. Siendo este principio una derivación de la fe pública registral, es indudable que el art. 17, manifestación formal de ésta, puede tener alguna relación con él; mas sólo utilizando la palabra prioridad en un sentido amplio y, por tanto, impropio puede admitirse este punto de vista».

(222) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 574: «Otro de los tópicos, patrocinado singularmente por la tesis monista del tercero hipotecario, es más que relacionar, fundir el principio de prioridad con el de fe pública registral...».

(223) DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 590-591: «El comentador del proyecto de Código Civil en la parte referente a la disposición que acabamos de transcribir dice, que su objeto es «evitar toda sorpresa o fraude por parte del que, teniendo un derecho posterior, se quisiera adelantar a otro que lo hubiese adquirido primero: de este modo no podrán cometerse abusos contra el hombre diligente y en esto se fundan las leyes que nos han servido de guía en esta parte. Tales como la de Ginebra, art. 245».

Razón tiene el ilustre jurisconsulto: a no establecer la Ley esta disposición, la inscripción debería producir sus efectos solamente desde el día y momento en que se hiciese: el que hubiera acudido a inscribir sin perder tiempo, tal vez el mismo día en que adquirió el derecho que llevó al Registro, podría ser postpuesto al que habiendo obtenido, aunque con posterioridad, otro título, lo llevase también después que el primero hubiera presentado el suyo: la amistad del registrador, o de alguno de sus dependientes, manejos de índole reprobada, descuidos lamentables, pero no tan raros como convendría, podrían así trastornar derechos y causar perturbaciones funestas en la propiedad y en los demás derechos en la cosa inmueble, todo lo que cedería en evidente descrédito de la ley que por su falta de previsión diera lugar a tales abusos».

artículos 25 y 26 (224), involucra abiertamente en su fundamentación consideraciones que pertenecen al campo de la fe pública registral:

«Consecuencia necesaria de esto es que no surta efecto contra el que no intervino en el acto o contrato hasta el tiempo mismo en que se inscriba. De otro modo se quebrantaría el principio de publicidad, que es la base fundamental de la Ley Hipotecaria, y a pesar de toda la diligencia que empleara el adquirente, o aquel que constituyera a su favor un derecho real, podría ser defraudado por la mala fe del que apareciera como dueño en el Registro. Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo las garantías de las leyes adquirió lo que, según el Registro pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo, y dió lugar al segundo contrato» (225).

No creemos que la fe pública registral pueda constituir la razón o el fundamento de la prioridad. Tampoco la alternativa hoy propuesta por GARCÍA GARCÍA: el valor perfeccionador de la inscripción respecto a terceros, concretado en la «formación o eficacia plena del derecho real», en el «nacimiento efectivo y total del derecho real» (226). Lo segundo, porque supone diluir el fundamento de la prioridad en algo que pertenecería más bien al principio de inscripción, en la medida en que éste quiera adaptarse a nuestro Derecho. Lo primero, porque fe pública registral y prioridad poco o nada tienen en común ni por su origen ni por su contenido. No queremos pasar por alto que las Resoluciones, ya varias veces citadas, de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, haciendo valer el derecho del embargante contra otros anteriores no inscritos al tiempo de practicarse la anotación, afirman tajantemente la autonomía del principio de prioridad y su independencia respecto al de fe pública registral (227). El que inscribe primero obtiene el favor de la ley

(224) Decían así:

Art. 25. Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto a tercero, sino desde la fecha de la inscripción.

Art. 26. Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de una misma fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el Registro de los títulos respectivos.

(225) *Op cit.* p. 579

(226) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 569.

(227) «Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección de la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquel no reúna los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria».

porque la ley, en su lucha contra la clandestinidad, está interesada en la publicación de los derechos reales, y esa misma ley considera producida la inscripción desde la fecha del asiento de presentación para evitar las maniobras a que aludía LUZURIAGA y que explicaba con más detalle DE LA SERNA: los «manejos de índole reprobada» o los «descuidos lamentables pero no tan raros como convendría» que, con descrédito de la Ley, podrían trastornar derechos y causar perturbaciones funestas en la propiedad (228).

Y del fundamento, podemos ya pasar al problema de los efectos. La preferencia resultante de la prioridad, aplicada ésta al Registro, se traduce en la preferencia de quien primero inscribe, y para fijar la fecha de la inscripción se atiende, por ficción de la ley (229), a la del asiento de presentación, hasta el cual se retrotraen los efectos derivados de la inscripción. ¿Qué efectos? La Ley es contundente: «todos los efectos que ésta [la inscripción] deba producir» (art. 29 originario y actual 24).

Si se tiene en cuenta que la inscripción desencadena en nuestro Derecho los efectos de la legitimación y de la fe pública registral ¿no resulta excesivamente amplia esta indicación del ámbito de la retroacción? ¿No podría ocurrir que se haya trasladado a nuestra Ley una expresión que, siendo absolutamente correcta en la regulación de un Registro latino o «de prioridad», no cuadraría si se la formula para un sistema de publicidad positiva? ¿No significa nada desde este punto de vista que el art. 1.524 del CC, en su letra y en su aplicación jurisprudencial, sitúe en la fecha de la inscripción el inicio del plazo de ejercicio de los retractos legales (230)?

Llevemos el problema a su punto más álgido. En el intermedio entre el asiento de presentación y la inscripción en favor del adquirente, alguien distinto a éste adquiere de buena fe de quien todavía aparece como titular en el Registro. ¿Perjudicará a este último, en razón de la retroacción de los efectos de la inscripción, la adquisición presentada al Registro pero todavía no inscrita? Que la adquisición del derecho presentado a inscripción deba perjudicarlo puede venir impuesto, efectivamente lo vendrá, por el principio de prioridad; lo que ya no está tan

(228) *Vid supra*, nota 223.

(229) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 590: «La Ley fundándose en motivos de justicia, que expondremos en este mismo comentario, introduce aquí la ficción legal de que se ha inscrito un derecho cuyo título sólo ha sido presentado en el Registro».

(230) Hace ello decir a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales, cit.* pág. 615: «Naturalmente, en cuanto instrumento de notificación, la inscripción produce sus efectos, no desde la fecha del asiento de presentación (cf. art. 24 LH), sino desde la fecha en que se practica la inscripción misma (Tribunal Supremo)». Desde el punto de vista indicado en el texto no deja de ser significativo que, tras la reforma de 25 de julio de 1989, el art. 21 del C. de c. conecte la oponibilidad general a terceros, no con la fecha de la inscripción, sino con la de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, admitiendo todavía un plazo de quince días durante los cuales puede impedirse la prueba de su desconocimiento inculpable.

claro es que ello deba ocurrir en razón de la retroacción de la inscripción solicitada; es decir: porque ésta, antes de practicarse, legitime al solicitante y le permita oponer su derecho *erga omnes*. El conflicto que la estricta prioridad resuelve es el de la colisión entre los sucesivos adquirentes de un mismo causante, y para la solución de tal problema -testigo de ello, la toda y sola prioridad francesa- en nada cuentan los efectos positivos que, a partir de ella y retroactivamente, pueda desencadenar *ad extra* la inscripción primeramente solicitada por cualquiera de ellos. Queremos decir que los efectos *ad extra* de la legitimación (231) y los de la fe pública registral (232), por no tener nada que ver con el problema que resuelve la retroacción de la inscripción, no deberían considerarse incluidos en la *ratio* del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, que, por ser aplicación del principio de prioridad, se limita a sancionar la oponibilidad del derecho presentado a *ese concreto tercero* que es el adquirente de su mismo *causam dans* que, cualquiera que sea la fecha de su adquisición, se retrasó en solicitar su inscripción. Al asiento de presentación, para su juego en un sistema de publicidad positiva sin detrimento de los demás principios informadores del mismo, le basta con ser efectivamente la «voz de alarma», como decía DE LA SERNA (233), que, traducida hoy en la nota de «pende» (art. 426 RH) (234), permite oponer, simplemente oponer, a tercero la existencia del derecho pendiente de inscripción, impidiendo su desconocimiento y, consiguientemente, la adquisición de buena fe trayendo causa de quien, aunque todavía inscrito como dueño, ha dispuesto ya de su derecho. Nos pare-

(231) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*, cit. p. 78: «La legitimación registral, como hemos dicho, nace y se extingue con el asiento de inscripción. El asiento es constitutivo de la legitimación registral. Pero no cualquier asiento. No nace ni puede nacer del asiento de presentación». La idea aparece subyacente en las siguientes palabras de DE LA SERNA *op. cit.* p. 597, respondiendo a la dificultad de que el solicitante, obtenidas las ventajas de la inscripción por el asiento de presentación, dejara de proseguir hasta la inscripción de su derecho: «Después de todo, no nos parece dudoso que los que paguen el impuesto, acudirán a los registradores para convertir los asientos de presentación en inscripciones: su propio interés es el mejor aliciente que para ello tienen, porque su titulación no puede considerarse completa mientras el derecho adquirido no esté inscrito, y siempre que traten de enajenar la finca tropezarán con una dificultad que tendrán que vencer antes de que se dé por satisfecho el adquirente de la bondad de su título, no en sí mismo, sino por la falta de estar inscrito, porque la inscripción es el complemento del asiento de presentación».

(232) En sentido contrario, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 433: «Respecto del asiento de presentación, su carácter rigurosamente provisional y su falta de sustantividad propia e independiente obliga a distinguir: 1.º Si el título presentado se inscribe en definitiva, los efectos de la fe pública se producen desde la presentación (art. 24 de la Ley)....».

(233) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 597: «La Ley cumplió con su propósito: para su sistema bastaba que constara en las oficinas del Registro la presentación del título: esta era la voz de alarma que daba a los terceros adquirentes».

(234) Sobre ella, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, pp. 645-646.

ce que cuando GÓMEZ DE LA SERNA atribuía al asiento de presentación la función de dar aviso a los posibles adquirentes de la existencia de otros derechos pendientes (235), trataba a todo trance de compaginar los efectos de la prioridad con la absoluta credibilidad del Registro impuesta por la fe pública registral. En su intento trasladaba al asiento de presentación la función que es propia de la actual nota de referencia a él, practicable en el folio registral. Efectivamente, merced a ella es posible hoy armonizar la prioridad y la fe pública, y evitar que, contra lo que en Suiza se considera una fatalidad, ni siquiera en este caso pueda verse defraudada la confianza absoluta que debe provocar el Registro (236).

3.º *Principio de legitimación o presunción de exactitud del Registro.* Se dice en LACRUZ-SANCHO que, puesto nuestro legislador en el trance de tener que elegir entre los modelos registrales francés y germánico, escogió ambos a la vez, y que, acaso, no le faltó razón para ello (237). Nosotros compartimos plenamente esta afirmación. Al modelo francés pertenece el principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito; también predominantemente francés es el principio de prioridad. A partir de ahora entramos en los principios propios del sistema germánico, el primero de los cuales, en esta relación adaptada a nuestro Derecho, es el llamado principio de legitimación (238).

(235) *Op. cit.* p. 601: «A estas observaciones [...] sólo diremos que la Ley no debió exigir en los asientos de presentación todas las circunstancias que en las inscripciones y anotaciones preventivas [...], y que su objeto es dar un aviso a los que quieran adquirir o constituir derechos reales sobre los inmuebles, de que hay otros pendientes, y que si no están inscritos, tienen el derecho de serlo anteponiéndose a los que en adelante puedan inscribirse. Este aviso es bastante para que los adquirentes estén apercebidos, y no se engañen si toman las medidas convenientes al efecto, examinando la escritura que resulta presentada pero no inscrita. El que desatiende esta señal de alerta que se le da, no tiene motivo para quejarse de los perjuicios que pueda ocasionarle su incuria».

(236) *Vid. SERRANO SERRANO: op. cit.* p. 50: «Tiene mucha importancia la inscripción en el Diario en el caso de que la prueba esté completa y únicamente falte el traslado al libro Mayor. En esta situación se negará la inscripción de un derecho que se base en aquel, porque todavía no ha nacido; al mismo tiempo se negará la inscripción de un derecho que le contradiga, porque estando pendiente del hecho meramente material del traslado al libro Mayor, y debiendo recibir éste la fecha del Diario, puede considerarse como ya producido a los efectos de proteger al adquirente de ese derecho».

En este sentido la Exp. de Mot. dice: el Registro principal es así despojado de una débil parte de la confianza absoluta que debería inspirar, pues los derechos llevados al Diario podrán no estar todavía inscritos y los que no quieren correr ningún riesgo tendrán cuidado de consultar, además del Registro principal, el estado de las peticiones de inscripción más recientes. Pero estos riesgos por medio de la Ordenanza reducidos a un *minimum* ..., de ordinario no pasarán más de dos o tres días hasta que la inscripción principal sea operada».

(237) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) p. 163.

(238) Su concepto, en palabras de GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, p. 540, podría formularse diciendo que es el principio en virtud del cual «los asientos del Registro se presumen exactos y veraces, y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico jurídico y en el proceso como tal titular».

El principio de legitimación es, en nuestro concepto, un principio en tránsito, que, en su imparable fluir hacia el de fe pública registral se remansa en una serie de consecuencias más tenues, en las que, en definitiva, vendrá a quedar reducido su contenido privativo.

Tan en tránsito hacia la fe pública registral, que en Alemania se le considera, más que en simple relación con ella, como integrando con la misma los dos aspectos complementarios del principio de publicidad (239). En nuestra doctrina no son ajenos a este planteamiento, e.c., CAMPUZANO (240), JERÓNIMO GONZÁLEZ (241), y LACRUZ-SANCHO (242). Es que, aun cuando reconociéndosele un contenido más amplio, se sustancia el principio de legitimación -de ahí su nombre- en la legitimación dispositiva que, en razón de la inscripción, adviene al titular inscrito; pero si, bien observadas las cosas, resulta que tal legitimación no es consistente en sí misma, sino que constituye un mero reflejo de la protección otorgada por el sistema al tercero adquirente de buena fe (243), entonces, desembocada

Amplía algo la definición en p. 673: «*aquel principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces, y como consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal titular, es decir, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, y en la forma que el propio asiento determina*».

En el BGB lo formula el § 891:

«Ist im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe.

En el ZGB suizo, el art. 937 I:

«Hinsichtlich der in das Grundbuch aufgenommenen Grundstücke besteht eine Vermutung des Rechtes und eine Klage aus dem Besitze nur für denjenigen, der eingetragen ist.

(239) Cfr. STAUDINGER-HEINZ, ad § 891 Rz 1: «Die widerlegliche Rechtszustandsvermutung des § 891 BGB und der öffentliche Glaube des Grundbuchs stehen aber —entgegen FÜCHS Anm 1— nicht nur in einem losen Zusammenhang; sie bilden vielmehr einander ergänzende Teilaspekte des Publizitätsprinzips im Liegenschaftsrecht».

(240) CAMPUZANO: *op. cit.* p. 60: «Teóricamente, en el primero de dichos aspectos se manifiesta [el principio de publicidad] de un lado como *principio legitimador de los derechos inscritos*, y de otro lado como *manifestación de la fe pública del Registro*» (sub. del a.).

(241) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios ...», *cit.* p. 377: «Desde dos puntos de vista puede ser examinado el principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario: como legitimación registral y como emanación de la *fides pública*».

(242) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 51 «El llamado «principio de publicidad», por antonomasia, se refiere a los efectos de la inscripción, y tradicionalmente se viene descomponiendo a su vez por la doctrina en dos otros principios: uno, de *legitimación*, que afirma, en beneficio del titular inscrito, la exactitud del Registro salvo prueba en contrario; y otro, el de *fe pública* o de publicidad en sentido estricto, en favor del adquirente de buena fe. [...] Estudiemos, por tanto, en particular, estas derivaciones del principio de publicidad».

(243) Puede verse en el mismo JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Derecho Inmobiliario ...*, «Estudios ...», *cit.* p. 26: «Paulatinamente, va poniendo el Derecho Hipotecario de relieve el principio de la legitimación. Legitimación, diremos traduciendo libremente a Sohm, no equivale a facultad de disponer, pero la suple en el comercio. Produce la validez del acto dispositivo del *no-titular*: con cargo al verdadero titular, y a favor del adquirente de buena fe».

la legitimación en la fe pública registral y confundida con ella, no queda más remedio, si quiere salvarse la autonomía del principio que lleva su nombre, que bautizarle de nuevo, denominándolo ahora por su contenido como principio de presunción de exactitud del Registro.

Efectivamente, la llamada legitimación registral, según acabamos de avanzar, carece de consistencia propia, y demostrarlo no es tarea difícil a la altura de nuestros días, cuando el proceso que llevó a su consagración como realidad *a se stans* ha sido ya suficientemente desmontado por la mejor doctrina extranjera y patria (244). Simplificando mucho las cosas, pero respetando en su esencia el fenómeno que aquí interesa aclarar, puede decirse que el recurso a la legitimación responde a la necesidad de explicar, desde las categorías conceptuales al uso, el extraño suceso de la adquisición *a non domino*. ¿Cómo puede transmitir la propiedad quien no dispone de la misma? La legitimación, en concreto la extraordinaria o aparente (245), como peculiar fuente de poder dispositivo o como categoría alternativa que lo sustituye, será el nuevo concepto que venga a explicar esta suerte de paradójica transmisión, al mismo tiempo derivativa, según se la concibe, y *a non domino*. La intervención del Registro en esta secuencia, y la coloración en ella de la legitimación como legitimación registral, se ve de inmediato: el Registro es el instrumento que, haciendo aparecer al titular registral como dueño, le legitima extraordinaria o aparentemente, dotándole, según distintas formas de explicarlo, o bien de un poder dispositivo independiente de la titularidad y autónomo (246), o bien supliendo eficazmente a éste, sustituyéndolo por la legitimación para disponer resultante de su situación de titularidad aparente (247). El intento explicativo, en

(244) Nos remitimos en este punto a cuanto sobre el mismo y en general dejamos dicho en *La representación aparente*, cit. p. 350-356, bajo el epígrafe: «Protección del tercero de buena fe y legitimación».

(245) Para el concepto de legitimación y sus distintas formas, en imprescindible en nuestra doctrina la referencia a la obra de LADARIA CALDENTEY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona 1952.

(246) Así, en la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 496-497: IV. *Le pouvoir formel de disposer attaché à l'inscription*. Il ressort de l'art. 965 al. 2 que la personne désignée par le registre foncier comme titulaire du droit a le pouvoir d'en disposer. Cela vaut avant tout pour le propriétaire. Il s'agit du pouvoir formel de disposer [...], qui appartient aussi à la personne qui n'est en réalité pas propriétaire. ...». En la nuestra, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.* p. 582: «Los asientos constituyen un título de legitimación, es decir, un signo suficiente que habilita al sujeto, respecto de todos, como titular de los derechos reales en la forma que manifiesta el Registro (aunque pueda no ser titular, o no tener los derechos el alcance que el Registro manifiesta)».

(247) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario*, cit. p. 26: «Legitimación, diremos traduciendo libremente a Sohm, no equivale a facultad de disponer, pero la suple en el comercio». *Id.*: *Principio de publicidad*, cit. p. 377: «Como principio legitimador [el principio de publicidad], derivado directamente de la *Gewere* o investidura germánica, reemplaza a la misma propiedad con su forma jurídica, y la protege en sus apariencias, mediante una presunción *juris tantum* suficiente para la vida práctica».

realidad, era innecesario y, en todo caso, resulta artificioso y vacuo. Innecesario, porque, como a principios de siglo explicaba REGELSBERGER, parte del infundado supuesto de que toda adquisición tiene que explicarse según el funcionamiento de la adquisición derivativa, en la que el poder de disposición del transmitente es requisito indispensable de eficacia (248), cuando, en realidad, la adquisición a *non domino* responde a un mecanismo completamente diferente, cuyo impulso arranca, no de las facultades del disponente sino de la necesidad de protección a la buena fe del adquirente. Artificioso y vacuo, porque mediante lo que no es más que un simple juego de palabras, intenta fundamentar en la pura apariencia la realidad de una legitimación que, además de apoyada en la nada, en seguida se revela como absolutamente evanescente. ¿Puede considerarse como real, podríamos preguntarnos con el mismo REGELSBERGER, una legitimación que se derrite ante la mala fe del adquirente como la manteca puesta al sol (249), o que, según observa VALLET DE GOYTISOLO, se detiene y desaparece ante los actos a título gratuito (250)? Hay que insistir: tratándose de la adquisición a *non domino* desencadenada por la apariencia registral de titularidad, no es necesario el poder dispositivo de transmitente ni cosa alguna que venga a sustituirlo. La eficacia de la adquisición resulta *ex lege*, fundada en la protección del adquirente (251); es la buena fe de

(248) REGELSBERGER: *Der sogenannte Rechtserwerb vom Nicht-berechtigten*, «Iherings Jahrb. 1904, p. 362: «Bei unbefangener Betrachtung des Sachverhalts kann man sich fast wundern, daß die Legitimationstheorie aufkommen und solche Verbreitung finden konnte. Die Erklärung liegt in der Gewöhnung unserer Vorstellung, die sich am regelrechten Erwerb aus Veräußerung gebildet hat. Hier ist die rechtliche Verfügungsmacht des Veräußerers ein unentbehrliches Element des Tatbestandes, um nicht zu sagen die *causa efficiens* des Rechtserwerbs. Daher die Vorstellung, daß diese wirkende Kraft bei keinem Erwerbsvorgang entbehrlich sei, für den ein Veräußerungsakt ein Tatbestandselement bildet. Die psychologische Notwendigkeit wird als logische gedacht. Macht man sich von dieser vorgesaßten Meinung frei, so fällt die versuchung weg, in den Tatbestand des außerordentlichen Erwerbs etwas hineinzutragen. was nicht geboten ist».

(249) REGELSBERGER: *op. cit.* p. 363: «¿Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor schlechten Glauben einer anderen Person zerfließt wie die Butter an der Sonne?». Coincide con este planteamiento FALZEA, Angelo: *Apparenza*, «Enciclopedia del Diritto II, Milano 1968, pp. 691-692.

(250) VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la dinámica de la fe pública*, «Estudios sobre derechos de cosas» I, Madrid 1985, p. 431: «Pero no tiene [el titular inscrito] ningún poder dispositivo de carácter sustantivo. Fijémonos en que no surten efecto sus enajenaciones a título gratuito ni las hechas a favor de un adquirente de mala fe».

(251) *Cf.* REGELSBERGER: *op. cit.* p. 355: «Der Eigentumserwerb vom Berechtigten ist daher vom Eigentumserwerb durch Vermittelung des Nichtberechtigten dem Wesen nach verschieden. Dort wird Eigentum erworben, weil mit dem Recht des Veräußerers die rechtliche Macht verbunden ist, sein Recht durch geeignete Geschäfte auf andere zu übertragen. Hier wird Eigentum erworben, weil der Erwerber durch die

éste —como la fe del Centurión en Cristo, dice VALLET DE GOYTISOLO (252)— la que opera el milagro y salva la validez de su adquisición, sin que sea necesario que tal salvación alcance a la disposición de quien no era dueño. Pero entonces, dado está, la supuesta legitimación registral, al exigir los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria, se ha vaciado en el principio de fe pública registral. Ni poder dispositivo, pues, nacido de la publicidad registral, ni legitimación real fundada en la inscripción: la llamada legitimación registral, tal como se la ve en el acto dispositivo del titular según Registro, no es más que una simple apariencia de legitimación cuya virtualidad consiste en poner en juego la buena fe del tercero adquirente. He aquí por qué decíamos antes que, bajo este aspecto, el principio de legitimación fluye imparablemente

Umstände über die mangelnde Berechtigung des Erwerbers getäuscht würde und gegen die Folgen der Täuschung in Schutz genommen wird Die vorschlagende Erwerbsursache liegt dort in der Person des Veräußerers, hier in der Person des Erwerbers»; págs. 361-362: «... Was liegt vor? Das Positive Recht verfügt: wenn gewisse gesetzlich bestimmte Umstände vorhanden sind, die in dem Erwerber das gerechtfertigte Vertrauen begründen, daß der Veräußerer Eigentümer der Sache (oder sonst Verfügungsberechtigt) sei, so soll der angestrebte Rechtserwerb eintreten, trotzdem daß das regelmäßige Erfordernis für den Erwerb aus einer Veräußerung, die Verfügungsmacht des Veräußerers, fehlt. Die Rechtsmacht des Verfügenden ist aus diesem Erwerbstatbestand ausgeschaltet. Aber die Annahme des Erwerbers, der Veräußerer sei Eigentümer, muß eine triftige Grundlagen haben, und diese wird regelmäßig in dem Umstand gefunden, daß der Veräußerer die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat und dem Erwerber zu übergeben vermag. Dazu genügt nicht einmal der minelbare Besitz des Veräußerers für sich (§ 933 mit § 934 Satz 1). Andererseits kann das Vertrauen in das Eigentumsrecht des Veräußerers berechtigt sein, ohne daß dieser die Sache besitzt oder besaß (§ 934 Satz 2). Beides ist bezeichnend: dort versagt der Besitz als Legitimation, hier ist er nicht erforderlich». En nuestra doctrina, NÚÑEZ LAGOS: *La evolución del principio de publicidad*, cit. pág. 73: «La legitimación por la apariencia, por el contrario, tiene su centro de gravedad en la protección de la buena fe del adquirente, que ha confiado en determinadas situaciones (posesión de bienes muebles) o en ciertas formas públicas (documentos auténticos, registros, etc.) y que por lo mismo la ley le protege en su adquisición. No es que se proteja la apariencia, sino las consecuencias jurídicas causadas por haberse confiado el tercero en tal apariencia. En este terreno es donde se da el fenómeno de la adquisición *a non domino*. La diferencia es grande con la legitimación para disponer, porque en ésta el acto de disposición es eficaz y lícito, al paso que la enajenación por el titular aparente es siempre ilícita, en sí misma ineficaz y revocable antes de que llegue el tercero de buena fe. Sólo en manos de éste y por éste, se hace irrevocable. Se protege su buena fe, su confianza en las formas auténticas, en los lugares públicos de contratación (Bolsas, mercados, tiendas) o en la posesión de los bienes muebles. No se confía en la robusta salud del transmitente —puede tener taras hereditarias ocultas—, sino en los propios méritos espirituales del adquirente, en la protección de su presunta y beatífica inocencia».

hacia el de fe pública registral, terminando por perder en él su propia autonomía (253).

Siendo todo lo anterior al modo dicho, resulta claro que al principio de legitimación no queda más posibilidad de contenido propio que aquellas otras manifestaciones donde sus consecuencias, «bajando de categoría», como diría Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (254), o perdiendo ímpetu en su corriente hacia la fe pública registral, se remansan en la que LACRUZ-SANCHO denominan la «eficacia defensiva de la inscripción» (255), concretada en la presunción de exactitud registral. Aunque el Registro diste mucho de poder ser infalible, la forma de su organización y los requisitos y controles impuestos a la registración permiten considerarlo «tendencialmente exacto» (256). Ello basta para que, como dice el art. 38 de la Ley Hipotecaria, a todos los efectos legales pueda presumirse que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Es, como se sabe, una presunción *juris tantum* (art. I III LH) en razón de la cual, el titular registral, exonerado en cuanto tal de la carga de la prueba (257), puede hacer valer su derecho en el tráfico y en el proceso.

(253) Explica ello el corrimiento que a veces se observa en la doctrina desde la exposición del principio de legitimación hacia el núcleo mismo de la fe pública registral. *Vid.* en tal sentido, DE CASSO: *op. cit.* p. 156: «b) Los sistemas de inscripción *constitutiva, conjugada con la norma de la buena fe* (Alemania, Suiza), sólo atribuye a la legitimación registral fuerza de presunción *juris tantum*: Mientras no se demuestra otra cosa, *declarada por los Tribunales*, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro. Mas, aun en este caso, si el *titular* del derecho inscrito, que fuere declarado inexistente o ilegítimo, resultara ser un «tercero» registral, por haberlo adquirido de quien, a su vez, lo *tenía inscrito como válido*, y sin que el adquirente *conociera o debiera conocer* la inexactitud registral, entonces la presunción de prevalencia del Registro sobre la realidad, quedaría también *definitiva*, con eficacia indestructible (*juris et de jure*)» (subs. del a.); p. 162: «Así, aun cuando este tercero en realidad es un titular «aparente», por haber adquirido *a non domino*, o sea, de quien realmente carecía del derecho que le transmitió, seguirá siendo considerado como tal propietario de la cosa o titular del derecho transmitido por virtud de la fuerza legitimadora de la inscripción. Y por ello se ve, que, en este punto, quiebra el principio de derecho o aforismo jurídico-civil: *Nemo dat quod non habet*. Y también se observa que el alcance del presupuesto de legitimación en nuestro sistema registral es el mismo del Derecho alemán moderno, en cuanto al *tercero*» (subs. del a.).

(254) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios ... «Estudios ...» I, cit.* p. 107: «La presunción de que el contenido de los libros hipotecarios es exacto e íntegro, baja de categoría sin desvanecerse cuando es alegada en apoyo de relaciones jurídicas no derivadas del carácter de tercero adquirente».

(255) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 137.

(256) La expresión es de LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*

(257) «El titular según el Registro —se dice en la Exposición de Motivos de 1944— gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarlo de la carga de la prueba». En la doctrina alemana, *vid.* STAUDINGER-HEINZ, ad § 891 Rz 1: «Das BGB hat deshalb anstelle jenes Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragung in § 891 Abs

Así indicado en su núcleo el contenido del principio de legitimación, en tanto que presunción de exactitud registral, no es necesario adentrarse en la particularidad de sus manifestaciones, sobre todo procesales, ni siquiera en la debatida cuestión de si, con la de exactitud, coexiste una presunción de integridad del Registro (258), para comprobar

I cine widerlegliche Vermutung für die materielle Richtigkeit des eingetragenen Rechtszustandes und in Abs 2 für das Nichtbestehen eines gelöschten Rechts geschaffen. Darin liegt eine Regelung der materiellen Beweislast. Im Zivilprozeß kommt diese der Partei zugute, die Anlaß hat, das Bestehen eines eingetragenen oder das Nichtbestehen eines gelöschten Rechtes zu behaupten. Beweisbelastet ist dann der Prozeßgegner, der den Inhalt des Grundbuchs nicht als richtig gelten lassen will»; en la suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 490-491: «Comme les présomptions légales des art. 930 et 931, celle de l'art. 937 est la présomption d'un droit, à savoir du droit réel inscrit. Elle a pour effet d'inverser le fardeau de la preuve. Le fait-prémisse (*factum probans*) réside dans l'inscription régulière. Celle-ci fait conjecturer le droit allégué (*factum probandum*). Mais le preuve du contraire est ouverte à la partie contre laquelle la présomption est invoquée. On a là un cas d'application de l'art. 9 selon lequel «les registres publics ... font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée»; en la nuestra, por todos, DíEZ-PICAZO: *Fundamentos II, cit.* pp. 357-358: «En cuanto presunción, es de carácter *juris tantum*. Lo cual quiere decir que produce una inversión de la carga de la prueba y que permite la prueba en contrario. El titular registral queda protegido al exonerarse de la necesidad de asumir la carga de la prueba. Tendrán que ser quienes impugnen la situación del titular registral, considerando inexacto el Registro, los que soporten la necesidad de probarlo».

(258) La Exposición de Motivos de 1944 lo afirma expresamente al decir: «El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario». Doctrinalmente, en esta línea, e.c., PEÑA: *op. cit.* p. 583: «El Registro, en cuanto a la finca inmatriculada, no sólo goza de la presunción de exactitud, sino también de la presunción de integridad (no ha habido modificación de la realidad jurídica puesto que no consta en el Registro)», y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 682-683. En sentido contrario, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 141. Probablemente, la posición más acertada en este punto es la que distingue, admitiendo la presunción de integridad en el ámbito de la fe pública registral y excluyéndola en el de la simple presunción *juris tantum* de exactitud. Así, e.c., JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien, mientras hablando del principio de publicidad a propósito de *la fides publica* mantiene la existencia de una presunción —en tal caso *juris et de jure*— de integridad, coexistente con la de exactitud, al ocuparse de los efectos menores de la legitimación registral o presunción de exactitud, niega el posible fundamento de esa otra presunción de integridad. En efecto, en *Principio de publicidad*, «Estudios», *cit.* pág. 384, afirma: «Enfocado el principio de publicidad desde este punto de vista sustantivo o sustancial, presenta dos aspectos, positivo y negativo, según afirma la verdad de los pronunciamientos registrales o su indefectibilidad. Es decir, el Registro es *exacto* por corresponder a la realidad jurídica, e *íntegro* porque la agota. Lo inscrito es real, y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter» (subs. del a.). En cambio, en *Sistemas hipotecarios ...* «Estudios...», *cit.* págs. 107-108, tras haber afirmado que «La presunción de que el contenido de los libros hipotecarios es *exacto* e *íntegro* (el sub. es ahora n.) baja de categoría sin desvanecerse...», en la nota 9 dice: «No puede deducirse de los términos de la Ley una presunción general de que el derecho no registrado (por ejemplo, una servidumbre) no existe en realidad...»; CAMPUZANO: *op. cit.* p. 61: «El principio de publicidad como causa de

cuán distintas son las cosas en esta peculiar manifestación del principio de legitimación, respecto de lo que antes veíamos a propósito de la actuación dispositiva del titular inscrito. La distinta *ratio* de una y otra se traduce en la diferencia de sus respectivos presupuestos, requisitos y consecuencias. Mientras la apariencia de legitimación registral responde a la necesidad de proteger a quien de buena fe adquiere de titular inscrito, la presunción de exactitud favorece a quien inscribe, con independencia de las circunstancias de su adquisición (259); mientras la legitimación registral aparente actúa en neta protección del adquirente, la presunción de exactitud señala al dueño o titular tanto para lo favo-

legitimación, no es bastante para asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, puesto que la presunción en que se apoya puede ser destruida. De aquí la necesidad de considerarle, además, como expresión de la *Fides publica*. En este sentido, el Registro establece respecto a tercero una presunción *juris et de jure* o una *ficción jurídica*, con arreglo a la cual existe una concordancia entre la inscripción y la realidad. Tal concordancia la exterioriza el Registro con fuerza legal en una forma positiva y en una forma negativa. Positivamente, la fe pública vale tanto como que el Registro es exacto, es decir, que lo que en él consta es cierto y existe. Negativamente, quiere decir que el Registro es íntegro, o lo que es lo mismo, que fuera de él no hay nada que interese al tercero, esto es, que *agota* la realidad jurídica» (subs. del a.); SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pág. 374: «Así como [...] no cabe en nuestro sistema deducir al amparo del principio de legitimación una presunción *juris tantum* de que lo no inscrito no existe, la fe pública registral se extiende también a este extremo y asegura al adquirente la inexistencia de títulos o de causas de limitación del derecho del transferente que no estén inscritos en el Registro». Incluso puede apoyarse esta idea en la misma Exposición de Motivos de 1944, al decir ésta que «la ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra sólo puede ser mantenida hasta donde le exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario». Tendríamos, entonces, que, aunque en general no pueda hablarse de una presunción de integridad del Registro —menos en un sistema, como el nuestro, de inscripción voluntaria— para el tercero que adquiere de titular inscrito, la inscripción del derecho que va a adquirirse se finge exacta e íntegra. Desde luego es claro que en el ámbito de la fe pública registral y respecto al tercero por ella protegido, lo no inscrito no existe; ahí, más que mera presunción, incluso *juris et de jure*, lo que hay es una verdadera ficción legal de inexistencia, consecuencia necesaria, quizá mejor que complemento, de la de exactitud del Registro. Ahora bien, en el terreno donde la exactitud se presume sólo *juris tantum* no se alcanza a ver cuál sería la virtualidad propia de una presunción de integridad con igual carácter. Sin necesidad de ella, la alegación de un derecho no inscrito exige su prueba. ¿Qué puede aportar sobre tal situación la existencia de una presunción de no existencia que admita prueba en contrario? Creemos, por otra parte, que no puede argumentarse en favor de la presunción general de integridad sobre la base del art. 97 LH: la cancelación no es el silencio registral; si sobre su base se puede presumir la extinción del derecho al que el asiento cancelado se refería, es porque la cancelación, como nuevo asiento de contenido negativo, se presume exacta.

(259) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ... cit.* p. 74: «La legitimación *nace* con el asiento, y no precisa más que el asiento. Este es un hecho diferencial con el tercero protegido por la fe pública. La fuerza del tercero del art. 34 se funda en su propia ignorancia. El legitimado, por el contrario, no necesita de buena fe inicial. La buena fe del adquirente se refiere a la *scientia* o ignorancia del vicio del asiento anterior transmitente, pero no al vicio del propio. El legitimado del art. 38 puede actuar activa y pasivamente incluso a sabiendas de que su transmitente no era titular real. Esto no modifica su legitimación en nada».

orable como para lo adverso o gravoso; mientras la apariencia de legitimación registral se consolida para el tercero adquirente en una presunción irrefragable (*juris et de jure, fictio juris*), la presunción de exactitud se queda en presunción sólo *juris tantum* (260). Tan distintas son en su orientación y *ratio* la legitimación registral, en su núcleo duro, y la presunción de exactitud, que en razón de esta última la Exposición de Motivos de 1944 consideraba inapropiada para nuestra Ley Hipotecaria la denominación de *ley de o para terceros* (261). Interesa tenerlo en cuenta en el tratamiento del principio de legitimación si quiere evitarse el deslucimiento desde el mismo hacia el de fe pública registral. Es lo que a continuación vamos a intentar al referirnos, ya en tono conclusivo, a la *ultima ratio*, a la cimentación registral y a la formulación legal del principio de legitimación.

Por lo que hace al fundamento hay práctica unanimidad en la doctrina: la publicidad —en concreto, la inscripción registral— legitima en materia de inmuebles de la misma forma o en paralelo a como la posesión lo hace en materia de bienes muebles (262). Es que en el tráfico —dice NÚÑEZ LAGOS (263)— no hay tiempo para dudar: se cree, y por ello se hace necesario llegar a una entente tácita por la que, en interés de cada uno y en utilidad de todos, se considera como derecho la apariencia de derecho. Desde luego no puede dudarse que son ideas, éstas, en todo conformes con lo que fue y sigue siendo la concepción del Registro como instrumento al servicio de la seguridad del tráfico. Con todo, se impone en torno a ellas alguna precisión, porque si en el principio de legitimación se

(260) Sobre la relación y diferencias entre los principios de legitimación y de fe pública, *cfr.* SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 373-374; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* pp. 128-129.

(261) Dice la Exposición de Motivos: «No por ello se limitan a terceros los efectos de la inscripción. El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales, la modificación del art. 355 y las demás propuestas dan a la inscripción tal alcance, y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación *de o para terceros*». Con anterioridad a la reforma de los años 44-46 podía decirse con CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 64-65, que uno de los «caracteres» (principios) de la Ley Hipotecaria era «la eficacia de la inscripción sólo respecto a terceros». Sobre ello Díez-PICAZO: *Fundamentos II, cit.* p. 357: «La preocupación inicial de la legislación hipotecaria fue la protección de los terceros. La primitiva Ley de 1861 pudo por ello ser calificada como una «ley de terceros». Sin embargo, pronto se vio la necesidad de reforzar la protección que el Registro debe dispensar al titular inscrito. En la reforma de 1909 se introdujo así el art. 41...».

(262) Así, *c.c.*, CAMPUZANO: *op. cit.* p. 60; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Derecho Inmobiliario, cit.* «Estudios...», *cit.* p. 26; COSSÍO: *op. cit.* p. 174; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 52; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 318.

(263) NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* p. 76.

ve una manifestación del expediente jurídico de la protección de la apariencia, una de dos: o se están identificando los principios de legitimación y de fe pública registral (264), o se está laborando desde una idea excesivamente imprecisa y borrosa de lo que —como principio general de significación unitaria— es la protección de la apariencia jurídica. No es, naturalmente, que nosotros, poniéndonos en contradicción con nosotros mismos, vayamos ahora a recelar de una interpretación de la publicidad registral en clave de protección de la apariencia jurídica (265); es, simplemente, que entendemos que si no queremos relegar el principio de la protección de la apariencia al mundo de lo nebuloso, proteico y caótico, donde a veces se le pretende situar (*Rechtsschein ist alles*), necesariamente hay que proceder a una delimitación que debidamente

(264) Algo de ello parece ocurrir en COSSÍO: *op. et loc. ant. cit.*, cuando se pone en paralelo la legitimación registral con la legitimación posesoria, remitiendo al art. 464 CC. Evidentemente, el art. 464 CC no es el paralelo del 38 LH, sino del 34 (fe pública registral). El del 38 LH (principio de legitimación) es el 448 CC.

(265) Tales recelos pueden verse en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* págs. 675-676, quien, aunque admite que el principio de legitimación responde, ciertamente, a la necesidad de protección jurídica de la apariencia, entiende que constituiría un «tópico antihipotecario» que desnaturalizaría la institución registral, extender más allá de tal principio la idea de la protección de la apariencia, contaminando con ella todo el Derecho Hipotecario. «Si se hace ese traspaso de instituciones -dice- se produce el mayor tópico antihipotecario que pueda darse en Derecho Inmobiliario, porque entonces el Registro aparece como una institución de fantasmas y no de realidades jurídicas». No podemos compartir este planteamiento. Explicar la virtualidad de la publicidad mediante la idea de la protección de la apariencia, no creemos que equivalga a convertir el Registro en un archivo de fantasmas; significa, simplemente, dar explicación a las consecuencias que, sin base real o definitivamente comprobada en la realidad material del derecho publicado, la publicidad puede desencadenar por sí misma. Aceptando, con GARCÍA GARCÍA, que en el noventa y cinco por ciento de los casos el Registro publica la «realidad jurídica», habrá de convenirse que cuando ello ocurre ninguna de las consecuencias derivadas del ejercicio del Derecho inscrito responde a la publicidad, sino a la realidad del derecho ejercitado. El problema a explicar y los efectos a justificar son los que el Derecho sanciona en los casos estadísticamente excepcionales: los de discordancia entre la realidad del derecho y su publicidad (apariencia jurídica) registral; y en ellos, supuesta la falta de base en la realidad, nos parece que no cabe más clave explicativa que la de la protección de la apariencia. Por otra parte, nos cuesta entender cómo GARCÍA GARCÍA pretende ese confinamiento de la idea de la apariencia jurídica a los estrictos límites del principio de legitimación, cuando él mismo advierte (pág. 675) que «la protección dispensada a la apariencia es la protección «provisional» que merece la misma, en Derecho. La protección «definitiva», no corresponde al principio de legitimación, sino a otros principios (así, al principio de fe pública, al de inoponibilidad, etc.)», añadiendo —*op. cit.* II p. 231— que «la clave del art. 34 LH es la *confianza del tercero en la legitimación positiva resultante del Registro*, es decir, en la *apariencia registral*, derivada del principio de legitimación registral que produce el asiento y que hace que el legislador tome en consideración esta situación para llegar incluso a la protección de las adquisiciones inmobiliarias *a non domino*» (subs. del a.).

lo circunscriba en su *ratio*, presupuestos y efectos. Con tal propósito hemos mantenido (266), y volvemos ahora a proponerlo, que en su sentido más estricto, intenso y propio, la protección de la apariencia se produce sólo cuando *en favor del tercero de buena fe* el Derecho equipara *inmediata y definitivamente* la apariencia a la realidad, resultado, éste, obviamente más intenso que el producido en torno a otras consecuencias derivadas de la apariencia jurídica (habría que hablar ahora, para diferenciarlas del efecto anterior, de protección de la apariencia jurídica *lato sensu*) donde sus efectos se producen no inmediata (usucapión; registralmente, art. 35 LH) o no definitivamente (interdictos posesorios; en lo registral, art. 41 LH) y siempre en favor del titular mismo de la situación aparente (art. 448 CC, y 38 LH). No es difícil comprobar que, así ceñida a su significación más propia, la protección de la apariencia jurídica viene a servir a la seguridad dinámica o a la llamada seguridad del tráfico: la que, en razón de sus presupuestos, garantiza al tercero de buena fe la eficacia de su adquisición; mientras que en su sentido lato se pone al servicio de la seguridad estática o seguridad de los derechos, favoreciendo al aparente dueño actual con independencia ya de las circunstancias de su adquisición (267). Teniendo esto a la vista vuelve a aparecernos claramente esa heterogeneidad de contenido que tendría que albergar el principio de legitimación si en él se amalgaman la aparente legitimación dispositiva del titular inscrito y las demás manifestaciones de la presunción de exactitud registral. En la primera —protección de la apariencia en sentido estricto—, porque el tercero adquirente y su creencia de buena fe en el Registro cuenta más que el interés del titular registral, la apariencia de legitimación de este último es sólo requisito o presupuesto instrumental para que dicho tercero pueda ser (inmediata y definitivamente) «mantenido en su adquisición». En la presunción de exactitud, por el contrario, donde lo que directamente cuenta es el interés del titular inscrito, los efectos de ella resultantes son menores, sin llegar nunca por sí solos a ser definitivos e inmediatos. Nos resistimos a pensar que efectos tan distintos y en razón de presupuestos tan dispares puedan unificarse en la *ratio* de un mismo principio. Cuadra mejor asignar al llamado principio de legitimación las manifestaciones de la presunción de exactitud, llevando la aparente legitimación del titular inscrito a ese otro principio donde la eficacia de la publicidad, como los rayos del sol a través de la lente (268),

(266) Cfr. *La representación aparente*, cit. pp. 441 ss., esp., 442 y 451-452.

(267) Que sólo en la usucapión adquieren relieve, aunque al solo efecto, en su caso, de acortar, sin suprimirlo, el plazo temporal necesario para que se produzca el efecto adquisitivo no inmediato.

(268) Tomamos la imagen de NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.* p. 68: «La pretendida sustantividad de la inscripción, de tan escaso alcance territorial, ha tomado cuerpo y vida, pero sólo, como los rayos del sol a través de una lente, concentrándose en un punto: en la protección del tercero de buena fe mediante la ficción legal de integridad de la fe pública».

se concentra en el efecto de lo que se denomina como la fe pública registral.

Distintas son las cosas en lo referente a la cimentación legal del principio de legitimación. Aquí se entiende bien que el mismo fundamento que sostiene lo más —la apariencia de legitimación dispositiva— pueda cimentar lo menos: las manifestaciones menores de la presunción de exactitud. Y se entiende bien, aparte de por la obviedad indicada de que lo que puede sostener lo más puede sostener lo menos, porque la diversidad de efectos de aquella y de éstas no deriva tanto de la solidez del fundamento de una y otra que, según decimos, es el mismo- sino de la distinta *ratio* que las anima. Podemos, pues, decir que un mismo fundamento es el que sostiene la totalidad de los efectos comúnmente atribuidos al principio de legitimación: la forma de organización de la publicidad a través del folio real y el tracto sucesivo (269), y las exigencias impuestas por el principio de legalidad: la titulación auténtica y la calificación registral (270). Sobre estas bases puede efectivamente considerarse que la inscripción registral (271), aunque no

(269) Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 137: «Para alcanzar ese nivel de verosimilitud, estableció el legislador, como medio de dar perfecta visibilidad al estado jurídico de los fondos, el sistema de *folio real*, llevando a cada finca «su cuenta» por separado; además, a fin de tener cierta garantía de eficacia de cada transmisión y constitución, haciendo más probable que procedan de un verdadero titular, impuso el requisito del *tracto sucesivo*, que sólo autoriza la nueva inscripción si el transferente es el titular inscrito y se halla en situación de poder transferir ...».

(270) De nuevo, LACRUZ-SANCHO: *ib.*: «... finalmente, para tener la máxima seguridad posible de validez del título que se pretende inscribir, predispuso la *calificación* previa de éste por el Registrador, quien lo analiza en toda la medida posible; comprueba que cumple los requisitos de forma y capacidad, y, en el terreno de la eficacia, se cerciora de que llena el indicado presupuesto de tracto sucesivo. Con todo ello, si no resulta segura la titularidad manifestada por el folio una vez inscrito el cambio real, sí es altamente probable». SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 302: «De esta manera, la legitimación encuentra su precedente y apoyo en la calificación registral: la función calificadora practicada por un funcionario competente, investido a estos efectos de fe pública, presta base suficiente para presumir, por una parte, la existencia del título y, por otra, la legalidad, validez y eficacia del mismo». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 676: «Un tercer escalón en esta búsqueda de fundamentación, lo constituye el *principio hipotecario de legalidad*. Para acceder al Registro, es decir, a la institución de la publicidad de los derechos, se precisa cumplir una serie de controles del acto jurídico. Por una parte, el requisito de la llamada titulación auténtica, que supone la autorización del documento por un funcionario público (sea el Notario, el Juez o el funcionario administrativo, según cada caso). Esto da una importante dosis de legalidad al acto. Pero es que además, el acto jurídico así formalizado, requiere que sea calificado favorablemente por el Registrador o por los órganos del recurso contra esa calificación. Esto significa que el acto jurídico en cuestión reúne, después de estos controles, *prima facie*, los requisitos de legalidad, y en consecuencia, es lógico que la ley presuma que el titular que ha accedido al Registro es el titular del derecho, y que le considere legitimado para actuar como tal. Aparece aquí la legalidad como fundamento de la protección de la apariencia, y del principio de legitimación».

(271) En tanto que asiento que ha superado el requisito de la calificación. Cfr. para ello, NÚÑEZ LAGOS, en el texto reproducido en la anterior nota 231.

infalible, es presumiblemente exacta, y, como tal, merecedora de ser creída como cierta por los terceros que de otra forma no tienen conocimiento de la realidad distinta de las cosas.

Unicidad, pues, de fundamentación legal, y, al mismo tiempo, manifestación de la peculiaridad de nuestro sistema registral, que en esta materia, sin punto alguno de contacto con el francés, tampoco se identifica con el germánico. En Francia, sin folio real ni calificación registral, no hay posibilidad de soporte alguno que sostenga la presunción de exactitud (272); en Alemania y Suiza se la pretende, en vano, «amarrar» con la artificiosidad de la inscripción constitutiva. ¡Como si esta pudiera excluir de raíz la posibilidad de inexactitudes registrales (§ 894 BGB)! Entre la postura francesa, que, postulando rigidamente los derechos de la realidad, niega a la publicidad toda virtualidad generadora de apariencia protegible, y la postura germánica, que, por asegurar a todo trance la exactitud del Registro, cierra los ojos a la realidad en tanto no se la inscriba, nuestro sistema, sin necesidad de inscripción constitutiva (273), puede, coherentemente y con sólido fundamento, distinguir entre la realidad que debe ser publicada y que, naturalmente, vale por sí misma, y la publicidad, que debe limitarse a ponerla al alcance del conocimiento de todos, pero que, cuando —todo lo excepcional o patológicamente que quiera y deba considerarse— no coincida con la realidad, merece provocar la confianza tutelable de los terceros y las consecuencias *pro domino* de la presunción de exactitud.

(272) ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 333-334: «En las legislaciones del sistema de transcripción impera un criterio limitado de protección de terceros adquirentes, sin que pueda hablarse en ellos de nada que implique protección como la derivada del principio de legitimación registral y apenas del principio de fe pública del Registro, por cuanto al no ser llevado éste por el sistema de registración por fincas no hay propiamente contenido registral, ya que los asientos se hallan desperdigados en los libros del Registro y sólo se producen con cierta organicidad en los índices, y en Francia, desde 1955, en el fichero inmobiliario [...] Claro que con cierto esfuerzo cabe ver que por parte del dueño transcrito de una finca que después de haberla enajenado vuelve a enajenarla a otra persona, el Registro muestra aún a este enajenante, como titular según Registro del dominio de esta finca, cuando lo cierto es que ya no lo es por haberla enajenado, de suerte que el segundo comprador adquiere *a non domino*, pues lo verifica de un *ex domino*. Pero esto que es posible sostener en un sistema de transcripción que funcionara por el régimen de registración por fincas, no lo es en el sistema de transcripción pura, pues las legislaciones que pertenecen a este sistema ya hemos visto que no llevan el Registro por fincas. Por consiguiente, el contraste entre el sistema de exactitud del Registro y el sistema de transcripción es tal, que este sistema, digan lo que quieran sus defensores, se produce como algo embrionario, limitadísimo e impotente para constituir un verdadero sistema de protección de terceros adquirentes, a fin de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, por cuanto ni siquiera protege de los vicios o anomalías que puedan afectar a la titularidad del transferente»; también, c.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 151.

(273) No llegamos a entender a qué diferencias se refiere DE CASSO *op. cit.* p. 160, cuando afirma: «puede decirse que entre nosotros el presupuesto de legitimación tiene el mismo alcance que en los sistemas alemán y suizo; si bien, con las naturales diferencias, derivadas de no admitir nuestra L.H. la inscripción “constitutiva”».

Finalmente, en lo que hace a la formulación legal del principio de legitimación, vuelve a manifestárenos la duplicidad del contenido que comúnmente se le atribuye. Tormentosa es la historia de la regulación de los efectos menores o *pro domino* de la presunción de exactitud, que, omitidos en 1861 y tras el zigzagueo de algunos intentos poco afortunados (274), sólo en la reforma de 1944-46 (275) van a conseguir una formulación expresa y general, al parecer ya definitiva y pacífica, en los arts. 1.º III, 38 y 97 LH. Ha llevado ello a la afirmación -tan extendida que de ella se hace eco la Exposición de Motivos de 1944- de que nuestros legisladores de 1861 desconocieron el principio de legitimación. No es del todo exacto. Tiene razón NÚÑEZ LAGOS cuando detecta en los arts. 34 y 20 de la primitiva Ley Hipotecaria la manifestación de la legitimación dispositiva del titular inscrito en su doble dimensión, sustantiva y formal, respectivamente. Estas son sus palabras:

«Creo que es mérito de nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 1861 el haber consagrado el principio de legitimación *sustantiva* en la prístina redacción del artículo 34 al hablar de «persona que en el Registro aparezca con derecho para ello», frase que con ligera variante ha llegado a nuestros días, y que introducida en nuestra Ley, sin conciencia de su alcance técnico, desconocido en su época, significa un avance de nuestro sistema, sobre todos los del siglo XIX. Ni don JERÓNIMO GONZÁLEZ, ni los autores anteriores, ni los posteriores, vieron esta legitimación sustantiva, como tam-

(274) Para la «evolución de la legitimación registral en España» hasta la reforma de 1944-46, *vid.*, por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 341-350.

(275) Se manifiesta al respecto la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«El principio de legitimación, de tanta transcendencia en el régimen hipotecario, no fue proclamado por nuestros antiguos legisladores. Estos regularon de forma vaga, incoherente y casuística algunos de sus efectos. Columbraron la necesidad del principio, pero no acertaron a desarrollarlo con rigor científico. La subsanación de esta señalada deficiencia es uno de los primordiales objetivos de la presente reforma.

El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario. Igualmente se presume que el derecho inscrito existe y corresponde al titular. De este modo, la presunción *juris tantum* de exactitud registral, que sólo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios. El titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección al exonerarlo de la carga de la prueba. Con ello nada se innova. Únicamente se recoge con mayor amplitud la orientación iniciada por los reformadores del año 1909 al sancionar el designio de nuestros autorizados tratadistas, acordes en que los efectos de las inscripciones no se ciñan a una simple declaración doctrinaria, sin repercusión procesal».

poco se dieron cuenta de que en el artículo 20 habían introducido una verdadera legitimación formal para transmitir...» (276).

Puede incluso admitirse que, antes de 1861, en el Proyecto de 1851 (art. 1820) (277), y en la redacción de sus *concordancias*, en esta materia, como se sabe, obra de LUZURIAGA, hay base más que suficiente para detectar la legitimación dispositiva del titular registral. Decía, en efecto, LUZURIAGA (278) que, «*admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción*». Es la misma idea que, algo después, en el comentario a la Ley de 1861, encontraremos en GÓMEZ DE LA SERNA: «*mientras no aparezca*

(276) NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ...*, cit. p. 79. En algún aspecto coinciden con él, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 294-295: «No obstante, sería excesivo afirmar que la legitimación registral fue en absoluto desconocida por nuestros primeros legisladores hipotecarios [...] debe concederse que la protección de éste [el Registro] no se concedió a todo titular inscrito, sino sólo al adquirente según Registro, lo cual, unido a los modelos germánicos en que se apoyó el legislador, obliga a encontrar el fundamento de la protección del tercero en una previa legitimación del titular inscrito. Lo que ocurre es que la legitimación no fue establecida en su aspecto procesal, quizá por ser en él innecesaria para la finalidad de fortalecer el comercio de inmuebles a que la Ley respondía. Sólo se tuvo en cuenta este efecto del Registro en el aspecto indispensable: la facultad de disponer válidamente, recogida en el art. 20 de la Ley», GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 677-678: «En la antigua legislación hipotecaria española no se planteó, en principio, la cuestión de la presunción de exactitud, pues lo que interesaba al legislador de entonces era el llamado principio de inoponibilidad, es decir, que lo no inscrito no perjudicase al tercero que inscribió su título. Por eso, ni la Ley Hipotecaria de 1861, ni la reforma hipotecaria de 1869, se preocuparon de desenvolver la legitimación registral en su versión de presunción de exactitud, ni regularon sus consecuencias procesales. Lo único que puede decirse de aquella época es que, como dice la Exposición de Motivos de 1944, los legisladores de 1861 *columbraron el principio* a través de la legitimación dispositiva del titular registral regulada en el tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley». En cambio, la encuentra forzada, ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 344: «Creemos bastante forzado este criterio, pues el art. 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 no da pie, ni aun combinado con el 34, para poder estimar legitimado para la disposición el titular según el Registro, porque dicho art. 20 trata de la falta de previa inscripción del derecho del transferente, como causa bastante para suspender o denegar la inscripción del adquirente y el art. 34 está enfocado exclusivamente al principio de fe pública registral, lo que demuestra que nuestros legisladores hipotecarios de 1861 no pensaron ni por asomo en la legitimación registral del titular inscrito».

(277) Así, RAMOS FOLQUES: *Lexicografía ...*, cit. p. 150, quien ve consagrado en tal Proyecto «el principio de legitimación, en el sentido de presunción frente a terceros, de exactitud y legalidad».

(278) *Concordancias*, cit. p. 944.

en el Registro que el antiguo dueño ha dejado de serlo, se considerará que lo es» (279), o «los perjuicios que puedan ocasionarse [por la falta de inscripción] no deben recaer [...] sobre el que, bajo la garantía de las leyes, adquirió lo que, según Registro, pertenecía al que ya había enajenado» (280).

A la vista de estos testimonios, la distinción se impone: Puede concederse como cierto que en 1861 se desconocieron las consecuencias menores del principio de legitimación, esto es: la presunción de exactitud *pro domino* y sus derivaciones procesales y sustantivas. Lo que, en cambio, no puede concederse es que se desconociera igualmente su contenido «duro»: la legitimación dispositiva del titular inscrito. Y es perfectamente lógico que las cosas discurrieran como efectivamente se produjeron. Si nuestro Registro nace como instrumento asegurador de las adquisiciones de buena fe, tiene necesariamente que acoger el principio de fe pública registral; pero tal principio, como una y otra vez venimos diciendo, es imposible sin el presupuesto —se le explicita más o menos, y se le denomine o no como principio autónomo— de la legitimación registral. La condición de «ley de terceros» que, en razón de su genuino fin, marca con carácter absoluto a la Ley Hipotecaria de 1861, hace que en ella la legitimación dispositiva del titular inscrito aparezca, no ya en tránsito hacia la fe pública registral, sino desembocada en ella y confundida con la misma en el más llamativo y peculiar efecto de la publicidad registral; la presunción de exactitud, en favor del titular inscrito, brilla, en cambio, por su ausencia: Tan distintos son, y tan separables, esos dos mundos que hoy se dicen incluidos en el principio, uno, de legitimación registral. La realidad, nos parece, es que lo que en él se contiene de apariencia registral de legitimación dispositiva, embebido en el de fe pública, carece de autonomía para constituir un principio propio y distinto. Sólo, pues, a la presunción de exactitud, *juris tantum* y *pro domino*, como distinta a la fe pública en su orientación y efectos, queda el poder constituirlo. Si en su denominación se hablara sólo de presunción de exactitud, se evitaría el equívoco que en estas páginas hemos intentado debelar.

4.º *Principio de fe pública registral*. Netamente «germánico» es también el principio de fe pública registral; principio que —en paralelo ahora con lo que para bienes muebles significa el art. 464 CC— viene a sintetizar el más característico e intenso efecto de la publicidad en los sistemas «de desenvolvimiento técnico»: la equiparación en favor del tercero de buena fe, inmediata y definitiva —según decíamos antes— de la apariencia registral a la realidad de las cosas. En virtud de la fe pública registral, para tal tercero, lo que el Registro publica, vale, aunque no lo sea, *como si* fuera la realidad. Positiva y negativamente: lo

(279) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 413.

(280) *Id.*: p. 579.

que el Registro publica es *como si* existiera o fuera cierto —presunción, ahora *juris et de jure*, de exactitud—, y lo que en el Registro no aparece es *como si* no existiera —presunción, ahora indiscutida, e igualmente *juris et de jure*—, de integridad registral (281).

¿Juega en nuestro Derecho Registral el principio de fe pública? Obviamente, sí; y lo hace, a tono con lo que en general ocurre en cuanto a la concepción e inspiración de nuestro sistema, en una forma peculiar que al mismo tiempo que nos aleja del modelo francés, preserva también nuestra identidad frente al modelo germánico. Definitivamente atrás quedó el patrón de la publicidad francesa, una vez que nuestro legislador, evitado el «frenazo en seco» que en los Registros latinos tiene los efectos de la publicidad en los límites de su proyección preclusiva o negativa, se comprometió con el Registro, erigiéndolo en punto firme de apoyo de la confianza de los terceros de buena fe. En Francia, como es bien sabido, el Registro se limita a garantizar al adquirente que inscribe que su transmitente no ha enajenado previamente en favor de otro, pero no le garantiza la titularidad de dicho transmitente (282); el Registro, igualmente, se apresta a publicar toda sentencia sobre resolución, nulidad o rescisión del acto inscrito (art. 3 de la Ley de Transcripción), pero la omisión de dicha publicación no impide que sus efectos alcancen al tercero que adquiera del titular inscrito (283): la publicidad se predispone aquí para informar, simplemente, al tercero

(281) Su formulación legal, en Alemania: (BGB § 892 I) «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekkant ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenuber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist». En Suiza: (ZGB art. 973) «Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintragung im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen». Estudiándolo en el Derecho suizo, lo define SERRANO SERRANO: *op. cit.*, n.^o 16, p. 62 como «la ficción de veracidad e integridad, que por ministerio de la ley se otorga al Registro, con relación al tercer adquirente de buena fe, de los derechos reales sobre las fincas, publicados por aquel, así como en relación a su existencia, contenido y rango».

(282) *Cf.* TROPLONG: *op. cit.* p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une periode de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi».

(283) TROPLONG: *op. cit.* p. 397: «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention du jugement, qui prononce la nulité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit. On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, á l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité».

sobre algo que puede interesarle, pero no para inmunizarle frente a ello cuando, a pesar de la posibilidad de hacerlo, no se lo publica (284). El contraste con el art. 34 de nuestra Ley Hipotecaria salta a la vista haciendo innecesario cualquier comentario: efectivamente, el modelo francés ha quedado definitivamente atrás. Pero tampoco estamos en el modelo germánico: en él, como también sabemos, la fe pública registral se trata de reforzar desde los excesos de la transmisión abstracta y la inscripción constitutiva, en Alemania, o, más templadamente, en Suiza, sólo desde la inscripción constitutiva.

¿Cómo, sin necesidad de estos «refuerzos», puede llegar nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria a una fe pública, absolutamente inexistente en Francia y de igual fuerza e intensidad que la germánica? El proceso que conduce en nuestro sistema a la fe pública registral es sumamente sencillo e intuitivo y, habiéndolo indicado ya, no es necesario volver a insistir en él. Su punto de partida lo constituye la convicción muy firme de que el Registro debe ser base suficiente para la completa confianza de los terceros de buena fe. Sobre esta base, y para que el Registro pueda informar con la debida claridad y garantía, se adopta el sistema de registración por fincas, la exigencia de titulación auténtica, el tracto sucesivo y la calificación registral. Todo ello, como decíamos a propósito del principio de legitimación, permite contar con un Registro tendencial o presumiblemente exacto; pero no da completa garantía sobre su exactitud; y lo que llamamos «el tráfico» sigue exigiendo que el Registro sea instrumento de seguridad completa, de confianza que no pueda verse defraudada. ¿Qué hacer ante ello: apretar una vuelta más la tuerca de la seguridad intrínseca del Registro, desnaturalizando el mecanismo transmisivo y la propia función de la publicidad? ¡*Absit!* Aparte de que ninguna desnaturalización es buena, tampoco ésta sería suficiente. El querer excluir de la realidad jurídica lo que no se lleve al Registro no es bastante para erradicar la inexactitud registral. Preferible es atenerse a la realidad de las cosas —uno de cuyos datos es la falibilidad de todo lo humano— y, una vez adoptados los medios humanamente posibles para que el Registro, con la colaboración de los interesados, pueda constituir un fiel reflejo de las situaciones inmobiliarias, discernir desde él en Derecho —esto es: en justicia y equidad— quién debe ser preferido en caso de conflicto: ¿quien omitió la inscripción, provocando con ello el error del tercero, o quien confiando en el

(284) TROPLONG: *op. cit.* p. 386: «La loi n'affirme pas aux tiers qu'il n'y a de résolutions qui leur soient opposables que celles qui sont mentionnés sur le registre des transcriptions; mais elle facilite, autant qu'elle le peut, la découverte d'un fait qui les intéresse. L'existence d'une mention fait cesser leurs doutes; l'absence de mention ne les empêchera pas de se livrer à d'autres recherches».

Registro adquiere de quien en él aparece como titular e inscribe su adquisición? (285) Este es el camino -en nuestra opinión, el único posible y siempre suficiente- que en nuestro Derecho lleva a la fe pública registral.

A la luz de lo dicho, la fe pública se nos manifiesta en su exacta dimensión y naturaleza. No es, ni requiere para su existencia, ese forzamiento imposible e históricamente fracasado que fue la publicidad revestida de fuerza formal absoluta; tampoco requiere descansar en el carácter constitutivo de la inscripción registral. La fe pública registral es pura consecuencia de la fiabilidad del Registro. Fe pública registral (*fides publica*) significa, entonces, no que el Registro sea necesariamente *fidel* reflejo de la realidad (arts. 30, 31, 34, 40 ... LH), sino que siempre merece la *confianza* de todos los que, no siendo parte en el acto inscrito y atinente al derecho publicado, desconozcan *aliunde* la realidad de este último. Más brevemente dicho: el Registro está revestido de *fides publica* porque viene a constituir el dato objetivo de apariencia jurídica fiable que en la teoría general de la protección de la apariencia se exige como base de la creencia o confianza, razonable y de buena fe, del tercero (286). El principio de fe pública, extrayendo del Registro su más intensa virtualidad, nos manifiesta también hasta donde puede llegar éste en su genuina naturaleza: hasta convertirse en aparato oficial generador de apariencias protegibles (287). En lo que sólo a primera vista podría parecer una paradoja, el Registro, con vocación de hacer cognoscible a la generalidad la realidad de las situaciones inmobiliarias,

(285) Son numerosos los textos de la Exposición de Motivos de 1861 y de GÓMEZ DE LA SERNA donde, en razón del indicado juicio, se da razón de la protección legal al tercero que confía en el Registro; habiéndolos recogido ya en varias ocasiones, omitimos repetir ahora su cita concreta. De esta argumentación originaria de la protección registral al tercero de buena fe se hacen eco en nuestra actual doctrina, e.c., LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 54, y Díez-PICAZO: *Fundamentos, cit.* p. 371.

(286) Sobre la exigencia de dicho requisito como base de la buena fe del tercero en la teoría de la protección de la apariencia, remitimos a lo dicho en nuestro estudio *La representación aparente ...*, *cit.* pp. 255-265 y 443-444.

(287) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 54: «Queda, entonces, en evidencia, la última naturaleza del Registro como aparato oficial creador de apariencias formales: juega el mismo papel que la posesión con relación a los bienes muebles, si bien con las diferencias que median entre la publicidad a través de una estructura oficial y la que proporciona un hecho natural». También, e.c., COSSÍO: *op. cit.* p. 201: «Tal principio [el de fe pública] informa un conjunto de normas que forman parte de las dirigidas a proteger la confianza creada por la apariencia de un derecho»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 128: «En efecto, en ciertos supuestos las necesidades de asegurar el tráfico inmobiliario y de proteger la confianza en la apariencia (fines esenciales del Derecho inmobiliario registral) dan lugar a que el contenido registral prevalezca incontrovertiblemente sobre la realidad jurídica discordante»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 230: «La primera de las ideas-fuerza del principio de fe pública registral del art. 34 LH, como su propio nombre indica, es la *confianza en la apariencia registral*, lo que significa que el tercero se apoya en la base que ofrece el Registro de la Propiedad al publicar la legitimación dispositiva del transmitente» (sub. del a.).

termina por cifrar su eficacia en vehicular su apariencia y proporcionar a quienes en ella confían la protección del Derecho. Es que el Registro, obviamente, tiene condición de medio, no de fin. El fin es la seguridad del tráfico inmobiliario: poder adquirir eficazmente sin temor a perder lo adquirido. Cuando ello ocurre porque el Registro ha mostrado al adquirente quién era el verdadero titular, la eficacia de la adquisición deriva, *tota quanta*, de la titularidad del transmitente; el Registro ha servido a su propio fin mostrando la realidad y facilitando que ésta despliegue por sí misma su propia eficacia. Ni de él se puede esperar más en tal caso, ni nada más se le podría exigir. Pero, ¿y cuando el Registro muestra como dueño al que no lo es? ¿Va a permitirse ahora que quien adquirió confiando en lo que el Registro le decía, termine siendo vencido, en razón del *nemo plus juris*, por el que pudiendo inscribir no lo hizo? El fin de la seguridad, encarnado en la protección del tercero de buena fe, pide ahora del Registro, impedida o fracasada su función ordinaria, una prestación distinta y extraordinaria: que, convertido — como lo estaba — en apariencia creíble, supla a la realidad permitiendo al tercero ser mantenido en su adquisición. Es ahora cuando, teniendo que actuar por sí solo, manifiesta el Registro su más intensa y llamativa virtualidad: cuando sin el auxilio de la realidad y siendo sólo su apariencia, hace que tal apariencia valga como realidad para el tercero de buena fe que puso en él su confianza.

Supuesto todo lo anterior en torno a la *ratio* y fundamento del principio de fe pública, creemos procedente hacer referencia a continuación a tres cuestiones, distintas y de muy diferente calado, que en torno al mismo se plantean, o podrían plantearse, en nuestra doctrina.

La primera, basta a estas alturas con mencionarla, puesto que nos ha venido apareciendo con anterioridad y de ella nos hemos ocupado ya con reiteración y suficientemente: nos referimos a la tesis que entiende necesaria para la consistencia de la fe pública registral el mecanismo de la inscripción constitutiva. En efecto, nuestros autores, desde orientaciones diferentes, han criticado que en nuestro Derecho la fe pública no cuente con dicho apoyo. Así, e.c., DE CASSO, desde el fervor doctrinal, inspirado en la obra de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ y frenado en la reforma hipotecaria de los años 44-46, en pro de la inscripción constitutiva (288), o CARRETERO, en su postura tendente a la

(288) DE CASSO: *op. cit.* pp. 172-173: «La L.H. española es bastante perfecta en cuanto al presupuesto de publicidad; si bien incurre en incongruencia al aceptar el principio de «fides publica» en su máximo grado de protección, a favor del tercero, rechazando en cambio la norma de «inscripción constitutiva» para la eficacia de todos los derechos reales sobre inmuebles. Por ello se impone que la L.H. acepte también dicho «presupuesto de inscripción», restableciendo así la ecuación científica y práctica, hoy vigente en todos los sistemas modernos: El alemán, el suizo y también el australiano, para los inmuebles ya «ingresados» en el Registro». El «freno» a la tendencia favorable a la inscripción constitutiva, se justifica, pragmáticamente, en la E.M. de 1944

magnificación de la inoponibilidad latina de lo no inscrito, como la gran manifestación del principio de publicidad en nuestro Derecho, por no ser en el mismo constitutiva la inscripción registral, y desde la correlativa denuncia de lo que considera nuestro anómalo sistema de fe pública sin el basamento de la inscripción constitutiva (289). A nuestro juicio, la crítica es inconsistente. No hay razón alguna de necesidad que fuerce a asentar la fe pública sobre el fundamento de la inscripción constitutiva. Teóricamente, porque para que el Registro resulte revestido de la *fides publica*, bastan las garantías que justifican objetivamente su fiabilidad como exponente de la realidad inmobiliaria o, en el peor de los casos, como apariencia jurídica de la misma. Prácticamente o de hecho, porque la experiencia de nuestro sistema y la satisfactoria realidad de su funcionamiento, constituyen el mejor y más contundente desmentido fáctico a la crítica que nos ocupa. En el rancio lenguaje de la escolástica: *de facto ad posse valet illatio*.

La segunda de las cuestiones antes anunciada es de orden especulativo y de nula transcendencia práctica, aun cuando su debida explicación no deje de resultar esclarecedora. Es la siguiente: Nuestra primera doctrina hipotecarista, como hemos tenido ya ocasión de indicar, no denomina separadamente el principio de fe pública. En las *Concordancias* de LUZURIAGA y en los comentarios de GÓMEZ DE LA SERNA, fe pública registral y legitimación forman bloque en el funcionamiento del principio de publicidad. Como se ha dicho y repetido, es a partir de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ cuando se generaliza la descomposición de este hasta entonces principio unitario en su doble

con las siguientes palabras: «Tampoco se ha considerado oportuno elevar la inscripción a requisito inexcusable para la constitución de aquellas relaciones inmobiliarias que emanen de un negocio jurídico. No se desconocen, ni de subvalorar son, las importantes razones que la casi totalidad de los tratadistas españoles aducen en defensa de la inscripción constitutiva. Pero a pesar de reconocerse plenamente que las relaciones jurídicas inmobiliarias son, por su singular naturaleza, de derecho necesario, y que exigen una publicidad y forma notorias, es incuestionable que si -conforme se ha dicho- más del 60 por 100 de la propiedad no ha ingresado en el Registro, de ningún modo puede ser aceptado el referido principio. No sólo porque quedaría de hecho inoperante, con el natural desprestigio para la norma jurídica, sino porque la inscripción constitutiva no haría más que agravar un estado posesorio completamente desconectado del Registro, con todas sus múltiples y serias consecuencias».

(289) CARRETERO: *Retornos* II, *cit.* pp. 94-95: «La consecuencia es un sistema en que el principio de fe pública registral pleno al no descansar sobre la base firme de la inscripción constitutiva ni siquiera sobre la menos firme del sistema de transcripción (inoponibilidad) resulta excesivo. [...] ningún sistema resulta tan endeble como el nuestro, si se prescinde del artículo 32 o se le interpreta en la forma en que lo hace la doctrina dominante. La registración por fincas, el riguroso principio de legalidad, el desarrollo del de especialidad, e incluso la introducción total y plena del principio de fe pública registral y el máximo desarrollo que se pretende al principio de legitimación, todo es inútil y hasta contraproducente; todo se viene abajo, si el sistema carece del pie fundamental de sustentación: el principio de publicidad latino o el principio de publicidad germánico vigorizado (principio de inscripción)».

manifestación de legitimación y fe pública, constituidas cada una en principio diferente. Paralelamente puede observarse que en Alemania, ambas, legitimación y fe pública, siguen integrando un único principio —el principio de publicidad (*Publizitätsgrundsatz*)—, de cual vendrían a constituir, no dos subprincipios entre sí relacionados, sino, según mayoritariamente se entiende, dos manifestaciones parciales y complementarias (290). Siendo de esta forma, el problema no existe. Pero cuando se habla de dos principios distintos, ¿no cabe plantear, dada su superposición sobre un mismo presupuesto y su confluencia en un mismo resultado, cuál es la mutua relación existente entre ellos? En concreto: ¿se explica la legitimación por la fe pública registral, o es esta última la que resulta explicada por la legitimación? Naturalmente, al plantearlo pensamos en esa manifestación más intensa de la legitimación registral, que, destacándose de la simple presunción *juris tantum* de exactitud, vendría a suplir el defecto de poder dispositivo del sólo registralmente aparente titular registral. A nuestro juicio, la cuestión, en rigor, no debería plantearse, ya que, según dijimos al hablar del principio de legitimación, el reforzamiento de la presunción de exactitud en favor del tercero cuando a su amparo dispone el titular inscrito, nos lleva al centro mismo de la fe pública registral. Estrictamente, pues, la legitimación, así entendida, y la fe pública vienen a fundirse constituyendo un *unum et idem*. Con todo, dentro de ese conjunto unitario son distinguibles realidades distintas y, en función de ellas, aspectos y planteamientos lógicos diferentes. Examinado el asunto desde el punto de vista del Registro, de su organización, de los requisitos y controles impuestos a la registración y, consecuencia de todo ello, de la proyección hacia fuera de la publicidad registral, vendrá a primer plano la legitimación registral, y desde ella y por ella se denominará el fenómeno producido y su consecuencia. En sentido opuesto, encarada esa misma realidad desde la perspectiva del tercero que toma al Registro como punto de apoyo de su actuación adquisitiva, pasará a situarse en primera línea la fe pública registral, desde la que se denominará ahora la repercusión final de la legitimación registral en el tercero de buena fe. Distinguibles, aunque sólo de esta forma, el efecto «fuerte» de la legitimación y la fe pública registral, cabe retomar la pregunta: ¿cuál de ellas es lógicamente anterior a la otra; cuál es la causa y cuál el efecto? La respuesta impone distinguir: en el orden de la causalidad eficiente, obviamente, la legitimación es previa a la fe pública: es la seriedad de la registración la que provoca y fundamenta la creencia y confianza del tercero en lo que el Registro publica. Ahora bien, en el orden de la causalidad final, el resultado asegurador del tercero de buena fe es el *prius in intentione*, desde el cual encuentran

(290) Cfr., respectivamente, STAUDINGER-ERTL, Vorberm. zu §§ 873-902, Rz 23 e) y STAUDINGER-HEINZ, § 891, Rz 1.

explicación las cautelas y garantías impuestas por el legislador a la práctica de la publicidad. LUZURIAGA lo expresaba inequívocamente al decir que «por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda» (291). Creemos que era importante señalarlo, porque manifiesta ello cómo ya desde los balbucesos de nuestro sistema registral se tiene nítidamente clara la idea de lo que debe ser su resultado final asegurador de las adquisiciones, y cómo, en función de él, se concibe una organización de la publicidad tan alejada en su solidez respecto a la del modelo francés.

Y con esta última observación entramos ya en la tercera y más importante de las cuestiones que nos proponíamos abordar. Nos referimos al problema sobre el preciso y justo significado de la fe pública registral en nuestro singular Derecho Hipotecario: a su concreto alcance en un sistema que, acogiendo el principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito, no es el sistema francés de pura inoponibilidad o de publicidad negativa o preclusiva; pero que, admitiendo a inscripción el título adquisitivo y no dando valor constitutivo a la inscripción, tampoco es, en sus propios términos, el sistema germánico de fe pública registral. La cuestión puede desglosarse y proponerse directamente de la siguiente forma: ¿Es la fe pública registral algo que, presente ya en la más originaria y nuclear concepción de nuestro sistema de publicidad, oriente y determine la coherencia de su conformación y desarrollo, o resulta, por el contrario, una especie de hallazgo de última hora, que, incrustado finalmente al conjunto, convive en él con merma de su armonía? Y de otra parte: incluyendo la fe pública en su dimensión negativa la presunción de integridad del Registro, ¿cómo puede convivir con ella en un mismo sistema el principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito?

En cuanto al primer punto, conocidas son las opiniones, ambas muy autorizadas, de NÚÑEZ LAGOS y de CARRETERO. Riguroso investigador de los orígenes de nuestra Ley Hipotecaria, aduce NÚÑEZ LAGOS cómo nuestro sistema registral fue excogitado al margen de los que después serían los arts. 33 y 34 LH (292): la fe pública es en él una «resonancia inarmónica» de los sistemas germánicos en un Registro de títulos como el nuestro (293). Para CARRETERO, igualmente, los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria responden a una decisión

(291) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944.

(292) NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, RGLJ 1950, pp. 573-574, esp. en ésta: «Pues bien: hasta la Ley de 1861, no aparecen los arts. 33 y 34 de la Ley. Todo el sistema está basado en el que fue art. 23 (hoy 32), al margen por completo del llamado principio de fe pública y del tercero hipotecario *derivado y apoyado* desde una previa situación registral» (subs. del a.).

(293) NÚÑEZ LAGOS: *ib.*, pp. 603-604: «Ambas inscripciones [la previa en favor del transmitente y la del acto adquisitivo del tercero protegido] tienen un inevitable aspecto constitutivo para ese tercero específico, que solo existe *por y desde* el Registro, resonancia inarmónica de los auténticos sistemas de fe pública en un Registro de títulos como el nuestro» (subs. del a.).

de última hora, por la que, sin precisión ni gran certidumbre en su formulación, se añade al principio latino de inoponibilidad un tímido conato de fe pública registral (294). En nuestra opinión, no convendría deducir de lo tardío improvisación; ni confundir la previsión del resultado general de la fe pública registral con su concreta formulación en el art. 34 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a lo primero, baste el testimonio, de primera mano, de CÁRDENAS: el art. 34 fue «el más meditado y el más discutido por la Comisión» (295). En cuanto a lo segundo, el dato aportado por el mismo NÚÑEZ LAGOS (296), de que, al plantearse la conveniencia de su formulación, GÓMEZ DE LA SERNA la consideró superflua: sin él se lograba en nuestra Ley la plena protección del tercero adquirente, que exige en favor de éste la paralización hasta de la misma acción reivindicatoria (297). Efectivamente —sin por ello negar la utilidad de esa explicitación tan importante— así era, y sólo ello explica que CÁRDENAS justificara la introducción del art. 34 por una pura razón de coherencia con lo que, en su significación central, venía a ser la Ley Hipotecaria: «el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía bastante contra los derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas» (298). Conviene no olvidarlo: la plena fiabilidad del Registro y su efecto asegurador a todo trance del

(294) CARRETERO: *Retornos II, cit.* pp. 89: «Sin perjuicio de que, además, y a última hora, se introduzca sin gran precisión y sin gran certidumbre de su formulación, el principio de fe pública registral germánico en el art. 34», y 93 «En un principio el 32 (originariamente 23) era toda o casi toda la Ley, y su indudable sentido era el que tiene, en todas las legislaciones latinas, los preceptos ordenadores del principio de inoponibilidad del acto no transcrito frente al acto transcrito, contradictorio y proveniente del mismo causante. Ni en el anteproyecto ni en el proyecto ni en el proyecto retocado aparecen los artículos 33 y 34. Pero un acierto de los autores de la Ley introdujo estos últimos inspirados en las legislaciones germánicas. Se añade así al principio latino de inoponibilidad (inoponibilidad de lo no inscrito) un tímido conato del principio germánico de fe pública registral (paralización de las acciones de nulidad y reivindicatorias consiguientes frente al tercero subadquirente tabular de buena fe)».

(295) CÁRDENAS: *Memoria histórica, cit.* p. 170.

(296) NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude, cit.* p. 599.

(297) Baste como exponente el texto de la Exposición de Motivos de 1861, p. 258, justificando la anotación del legado de cosa inmueble: «Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación». No se nos diga que el texto, como posterior a la Ley, lo es también a la introducción en ella del art. 34. El texto, ciertamente, lo es; pero no la norma que en él se explica, ni su justificación dentro de la unidad del sistema. Para el conjunto de textos que suponen la explicación de nuestro sistema de publicidad desde la plena protección del tercero que confía en la apariencia registral, remitimos a nuestro anterior trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, *cit.* pp. 30-38.

(298) CÁRDENAS: *op. cit.* pp. 170-171.

tercero que adquiriera de quien en él apareciera con poder para transmitir, fue postulado irrenunciable en la génesis de nuestro Derecho Inmobiliario-registral desde el proyecto de 1851 (299), y siendo ello así, el art. 34, sea cual fuere el momento de su introducción, no podrá nunca considerarse en él una pieza adventicia, extraña en su naturaleza a la inspiración del conjunto. Otra cosa es que, por razón de las peculiaridades de nuestro Derecho frente a lo que, sobre todo después, ha sido el modelo germánico, la fe pública registral responda en él a un fundamento distinto, o a ella se llegue por un camino diferente: No el de la inscripción constitutiva, ni, mucho menos, el de la transmisión por negocio abstracto e inscripción registral, sino, como magistralmente lo destacaron CASTRO (300) y el mismo NÚÑEZ LAGOS (301), el mucho más simple, intuitivo y realista de la protección del tercero de buena fe que confía en la apariencia registral. Y no se nos venga a decir ahora que la elementalidad de esta idea aparece como un fogonazo de luz sólo a la culminación del sistema, cuando es tan claro que fue ella la que inspiró y guió todo el proceso de su concepción y conformación.

Y llegamos así al segundo aspecto de la cuestión antes propuesta: cómo pueden convivir en un mismo sistema la fe pública registral, con su imprescindible vertiente negativa, y el principio autónomo de inoponibilidad, exponente único de la publicidad preclusiva. Como se sabe, es la cuestión que enfrenta en nuestra doctrina las tesis llamadas monista y dualista. De acuerdo con la primera, el art. 34 habría absorbido al 32; en tesis de la segunda, el 32 preservaría su propio ámbito no invadido por el 34. Desde luego hay que conceder a ROCA SASTRE que el art. 32 es susceptible, habiendo previa inscripción, de ser subsumido en el 34, y, lo que es más, que así subsumido en la fe pública y respondiendo a un criterio positivo de protección de la confianza en el contenido del Registro, lo explicaron la Exposición de Motivos de 1861 y GÓMEZ DE LA

(299) Habiendo ya insistido en ello, nos limitamos a remitir a OLIVER: *op. cit.* pp. 60-73, esp. 67-68: «Por eso dice LUZURIAGA que, «admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción». He aquí un efecto verdaderamente positivo de la publicidad. El que aparece como dueño en el Registro, ese y no otro es el verdadero propietario. Ese es el único que puede vender, permutar, gravar e hipotecar el inmueble. En él residen únicamente, y de un modo transcendente, todas las facultades del dominio».

(300) CASTRO: *Derecho Civil, cit.* p. 192.

(301) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español, cit.* p. 243; ID: *Tercero y fraude, cit.* p. 600.

SERNA en su comentario a la Ley (302). Es, por lo que antes decíamos, otra manifestación de que la fe pública registral no queda encerrada en nuestra Ley Hipotecaria dentro de los estrictos límites del art. 34; pero, sobre todo, y por lo que ahora nos interesa, es lo que explica ese «aplastamiento», de que a veces se ha hablado (303), del art. 32 por el 34, y que dicho aplastamiento, contra lo que se dice, no sea un tardío resultado de la progresiva expansión de la idea de la fe pública en detrimento de la inicial amplitud prevista para la inoponibilidad, sino que arrancaríase del mismo nacimiento de la Ley Hipotecaria. Efectivamente, en la mayoría de las ocasiones, cuando el adquirente que primero inscribe no tenga que inmatricular, esto es: cuando haya adquirido de titular inscrito, la inoponibilidad al mismo de una posible transmisión anterior no inscrita perderá autonomía como peculiar expediente protector, subsumida en el efecto más amplio e intenso de la fe pública registral. Pero no siempre tiene que ocurrir así. No habiendo previa inscripción registral en la cual basar su confianza el adquirente que por primera vez inscribe, el art. 32 será su único expediente protector ante la posible realidad de una transmisión anterior a la efectuada a su favor por su mismo causante. Aunque haya, pues, una muy frecuente zona de superposición de normas, no puede hablarse en rigor de un completo «aplastamiento» del art. 32 por el 34. Es posible la subsistencia en nuestro Derecho de una zona —principalmente la indicada, aunque no sólo ella— donde el principio de inoponibilidad puede actuar autónomamente sin resultar desplazado o absorbido por el de fe pública registral. Nos referimos a ello al tratar del principio de inoponibilidad y a lo allí dicho nos remitimos.

(302) ROCA SASTRE: *Transcendencia...* cit. pp. 591-592: «Si bien este precepto [el art. 23, hoy 32] se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas registrales de transcripción, es de destacar que fue pensado bajo el clima de la *buena fe* concurrente en el tercer adquirente protegido. La Exposición de Motivos de la Ley lo funda en el razonamiento de que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta que a él le es imputable, al que, sin haberla cometido, *ni podido conocer*, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». Y uno de los autores de la Ley. DE LA SERNA, al explicar en qué consiste dicho artículo 23, dice que la razón de la prevalencia al favor del segundo comprador que inscribió su título, es que si el primero no inscribió el suyo dio lugar con ello a que el comprador segundo, *engañado por el silencio del Registro*, acerca de la primera venta, comprara la finca *creyendo* que el dominio existía aún en el que la vendió», y por esto el nuevo adquirente no podía ser perjudicado por la compra anterior. Hay que atribuir mucha importancia al sentido de estas palabras, que a pesar de no reflejarse explícitamente en el texto de la Ley, respondían al criterio, de *signo positivo*, de la *protección de la confianza en el contenido del Registro* y constituían el germen u origen de los requisitos de buena fe, de previa constancia registral del derecho del transferente y, en cierta manera, del de onerosidad negocial, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y que en las evolutivas reformas sucesivas tendrían plena cristalización legal».

(303) CARRETERO: *Retornos II*, cit. p. 93: «Si hacemos una apretada síntesis de la historia de nuestra legislación hipotecaria, habremos de decir que se reduce a un involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34».

5.º *Principio de buena fe*. Acerca de la buena fe es discutida en nuestra doctrina, tanto su condición de principio hipotecario (304), como, yendo más al fondo, su carácter de exigencia absoluta como auténtico requisito general de protección registral: mientras el art. 34 LH la exige expresamente en el beneficiario de la fe pública registral, el 32 la omite al sancionar la inoponibilidad a tercero de lo no inscrito. Ante un tal estado de cosas, parece necesario entrar, como paso previo, a dilucidar este segundo punto, a saber: si la protección registral al tercero exige siempre de éste el requisito de la buena fe; sólo después de haberlo hecho estaremos en condiciones de apreciar si dicha exigencia de buena fe es merecedora de ser tratada en nuestro sistema como un verdadero y propio principio hipotecario, y, en caso afirmativo, de intentar dejar fijado cuál debe ser su íntegro contenido.

La cuestión previa, una vez acotados sus términos, debe resolverse en sentido afirmativo. Hemos planteado, efectivamente, si la buena fe es requisito de protegibilidad registral en el tercero. Es aquí donde se produce la acotación necesaria. La publicidad registral, en su constante paralelo con la posesión, provoca efectos favorables tanto para el titular registral como para los terceros. Por lo que hace a la posesión, sabido es que en ella, sobre la base de su consideración ideal y abstracta —y sin que sea necesario entrar ahora en el problema de su naturaleza ni en el del fundamento de la protección posesoria (305)— su contenido protector *pro possessore* se carga tan intensamente que, contra lo que sería su justificación teleológica, puede terminar volviéndose en favor del mismo usurpador. No ocurre igual cuando, en su ineludible proyección a terceros, provoca en favor de éstos efectos jurídicos ventajosos; en este caso los terceros han de serlo de buena fe. Igual sucede en la publicidad registral. Al tratar del principio de presunción de exactitud o de legitimación tuvimos que situarnos en ese punto donde se ve arrancar la bifurcación de los efectos de la publicidad. Los produce ésta en favor del titular inscrito (presunción de exactitud) y en favor de los terceros que toman la inscripción como índice de la situación jurídica que les mueve a contratar con quien ella misma señala como titular. Pues bien, al igual que los efectos *pro possessore* no exigen la buena fe del poseedor, tampoco los derivados de sola inscripción en fa-

(304) La afirman, e.c., JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principios hipotecarios*, «Estudios...», I, cit. p. 96; COSSÍO: *op. cit.* p. 16, y *Tendencias jurídicas en el momento de elaboración de la Ley Hipotecaria. Su comparación con las actuales*, AAMN XIV, p. 48; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1968), p. 65; DE CASSO: *op. cit.* pp. 199-200; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 185. Le niegan autonomía, en cambio, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 665-666; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit. p. 455-456; DE LA RICA Y ARENAL, R.: *La buena fe y la publicidad del Registro*, RCDI, 1949, pp. 541 y 544; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 538.

(305) Remitimos para ello al estudio del maestro JORDANO BAREA, J. B.: *Una reflexión sobre la posesión*. ADC 1986, pp. 1035 y ss.

vor del titular inscrito quedan supeditados a la buena fe de quien de hecho llegó a inscribir; es lo que SANZ FERNÁNDEZ, identificando presunción de exactitud y legitimación, expresará diciendo que la falta de buena fe no impide la legitimación registral (306). Pero, ¿y tratándose de los efectos de la inscripción en favor de terceros? Aquí es donde, a nuestro juicio, se impone una respuesta favorable a la exigencia general de buena fe, que nuestra doctrina no comparte todavía pacíficamente.

Es que el problema se presenta involucrado con la pugna por la adscripción de nuestro sistema registral a uno u otro de los modelos comparados, el latino o el germánico y, consiguientemente, con la polémica en torno al monismo o al dualismo de nuestro tercero hipotecario. Para NÚÑEZ LAGOS, sólo tardíamente y por extraña simbiosis le salió a nuestro tercero registral «el hongo de la buena fe» (307), algo que, tras la consagración legal del requisito en la reforma de 1944-46, no podrá sino admitirse en el ámbito protector del art. 34 de la Ley Hipotecaria, pero que carecería de fundamento y justificación fuera de él, en concreto, y muy señaladamente, en el del art. 32 (308). La réplica a esta opinión desde la tesis monista va a negar la posibilidad de que el

(306) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, cit. p. 456: «La buena fe tiene exactamente el mismo campo de aplicación de la fe pública. De aquí que la falta de buena fe no impida la aplicación de otros efectos hipotecarios, muy especialmente de la legitimación registral». Asiente en el fondo NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit. p. 256, aunque literalmente discrepe, al identificar legitimación y fe pública: «La titularidad registral resulta inexacta, y el conocimiento por parte del tercer adquirente paraliza el principio de legitimación». Coincidente también en el fondo, y sin concretar en principios distintos, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* 11984), p. 55: «Dada esa buena fe [del tercero], la transmisión se produce a pesar del dolo o fraude con que actúe el transmitente: el hecho de ser éste titular registral, determina que tenga la posibilidad de hecho de hacer adquirir, a la persona que con él contrata, unos bienes -los registrados a su nombre- que él mismo no tiene».

(307) NÚÑEZ LAGOS: *Don JERÓNIMO*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: «Estudios..., cit. II, p. 10: «La protección al tercero en el art. 34 se convertía en el principio de fe pública. Mas al tercero, por extraña simbiosis, le salió el hongo de la buena fe. Aunque faltaba el texto de la ley, se invocaba la Exposición de Motivos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El llamado tercero jurisprudencial, por una dudosa generalización muy atrevida, pero afortunada, se convirtió en el flamante principio de buena fe». *Id.* *El Registro de la propiedad ...*, cit. p. 251: «No se habló de este requisito [la buena fe] por la Ley de 1861. Don Jerónimo González, inspirándose en el BGB y recogiendo fragmentos dispersos de frases en la Ley, en su Exposición de Motivos, y en la jurisprudencia del T.S., construyó una teoría hipertrofiada del requisito de la buena fe. La Ley de 1946 no ha seguido exactamente a Don Jerónimo. La buena fe la incluye la nueva Ley en el artículo 34 únicamente como referencia a la teoría de la inexactitud del Registro en cuanto a las acciones de nulidad o de resolución».

(308) Así, el mismo NÚÑEZ LAGOS, en la obra últimamente citada, pág., especialmente, 255: «En la Ley Hipotecaria la buena fe es la misma del Código Civil encajada dentro del llamado principio de fe pública. Como dice Roca Sastre (I, p. 322), el campo de aplicación del requisito de la buena fe no es mayor que el del principio de *publica fides* registral». También, en *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, cit. pág. 612: «Por eso, la llamada fe pública y la buena fe sólo juegan en el ámbito del artículo 34 y no en el de los artículos 13 y 32». De la misma idea es CARRETERO: *Retornos...* II, cit. pp. 126-132.

efecto protector del art. 32 LH pueda actuar en, favor de un tercero no adornado del requisito de la buena fe, pero, en rigor, no va a responder con la amplitud que sería necesaria al problema propuesto cuando planteábamos si la buena fe es requisito exigible en toda forma de protección registral al tercero. La razón es muy clara: para la tesis monista, el artículo 34, englobando en sí mismo el contenido normativo del artículo 32, abarca la totalidad de la protección registral al tercero; el tercero del artículo 32 necesita serlo de buena fe porque no es distinto al tercero del artículo 34 (309). El resultado de todo ello será que, a pesar de la confrontación entre dualistas y monistas, en nuestra doctrina se produzca práctica unanimidad en que la exigencia de buena fe coincide en sus límites con los de la fe pública registral (310). Unos, porque liberan al tercero del art. 32 de esta exigencia, y otros porque niegan que pueda haber un tercero del art. 32 distinto al del 34, terminarán por convenir en la anterior afirmación de coincidencia, pero desde concepciones de fondo muy distintas, ninguna de las cuales nos parece satisfactoria. No, la dualista; porque, contra lo que en nuestro Derecho debe entenderse, admite una zona donde la protección registral podría alcanzar a terceros no de buena fe. Tampoco, la monista, porque, con desconocimiento de su completa amplitud, encierra la protección registral a los terceros en los límites del art. 34 LH. Transcendiendo la pugna entre ambas, es posible afirmar que en el sistema de nuestra publicidad registral la protección del tercero desborda el su-

(309) Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit. p. 665: «En la vigente Ley Hipotecaria se ha reconocido la necesidad propugnada de que fuese la propia ley la que consagrara explícitamente que el adquirir con buena fe constituía uno de los requisitos para la protección registral derivada del principio de fe pública, y así lo ha efectuado en su art. 34, y también en el 36 y en el 40 de la misma. No obstante se ha producido en este punto con bastante insuficiencia, pues con una mejor estructuración de los preceptos correspondientes y una más racional sistemática, no se producirían actualmente ciertas cuestiones, como la antes examinada acerca de la pretendida dualidad sustancial entre los arts. 34 y 32, y concordantes de la ley Hipotecaria vigente». *Id.*: *Transcendencia ...*, cit. pp. 601-602: «aunque se entienda que dicho artículo 32 actual contempla un supuesto distinto del que tiene presente el artículo 34 y concordantes, todos de la Ley Hipotecaria, [...] no obstante creemos que el tercero adquirente, o sujeto protegido por uno y otro precepto, debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto ambos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque, de otra manera, se produciría una desigualdad inadmisibles. [...] no vemos razón alguna convincente para establecer una diferencia de trato entre los terceros adquirentes, amparados por ambos preceptos básicos, sino, por el contrario, estimamos más justificada su absoluta equiparación en punto a la necesidad de tener que reunir todo tercero los requisitos de buena fe, de onerosidad y de previa inscripción del derecho del transferente, además de la natural exigencia de haber el tercero inscrito su adquisición. Así lo entiende reiterada jurisprudencia, sobre todo en cuanto al requisito de la buena fe» (subs. del a.).

(310) Así, DE LA RICA: *La buena fe ...*, cit. p. 545: «Es opinión unánime de la doctrina (J. GONZÁLEZ, NÚÑEZ LAGOS, ANGEL SANZ, ROCA SASTRE ...) que el ámbito de aplicación del requisito de la buena fe coincide con el de aplicación de la *fides publica*».

puesto del art. 34, al no exigir siempre el cúmulo completo de los requisitos en el señalados; pero que cuando ello ocurre, la buena fe sigue siendo condición *sine qua non* de protección registral (311). Tiene razón ROCA SASTRE cuando afirma que el originario art. 32, aunque redactado con arreglo a los moldes de los sistemas de transcripción, fue pensado bajo el clima de la buena fe y desde el criterio positivo de la protección de la confianza en el contenido del Registro (312). Los textos de DE LA SERNA en los que el resultado de la fe pública aparece entremezclado en la explicación de la inoponibilidad de lo no inscrito (313), y en los que el supuesto de la omisión de la inscripción de la primera venta se incluye en la explicación del efecto protector de quien adquiere de titular inscrito, según el art. 34 (314), no dejan, a nuestro juicio, lugar a dudas. Y así tenía que ser, necesariamente, si desde el primer momento los autores de nuestra Ley Hipotecaria supieron ver en el Registro de la Propiedad un instrumento generador de confianza protegible o de apariencia jurídica. Ahora bien, que ello sea así; que en la representación ideal del supuesto más frecuente, lo inoponible no inscrito coincida temporalmente con la inscripción —todavía— de lo que ya dejó de existir, no impide que en la literal y completa extensión del art. 32 pueda entrar la hipótesis de la protección del inmatriculante; esto es: de quien no reúne el requisito de haber adquirido de titular inscrito (315). ¿Podrá entonces decaer el requisito de la buena fe, al igual que fuera de la fe pública decae el de la previa inscripción?

(311) La buena fe, desconocimiento de lo no inscrito, aparece en DE LA SERNA: *op. cit.* p. 574, como requisito para el efecto «latino» de la inoponibilidad de lo no inscrito: «Ningún título, por privilegiado que sea, que no se halle inscrito en el Registro, puede perjudicar a tercero que sin conocimiento del gravamen adquiere un derecho real, sea de la clase que quiera, sobre la finca». En la actual doctrina, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1968) p. 151: «... el inscribiente podrá ignorar, cualquiera que sea la fecha de su nacimiento, todos los derechos reales (no inscritos) sobre una finca cuya existencia le sea desconocida al constituir su título (artículos 606 CC. y 32 LH:). Se altera, pues, en homenaje a la inscripción de buena fe, el orden cronológico en la constitución de los derechos».

(312) ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, *cit.* pp. 591-592, en el párrafo transcrito en la anterior nota 302.

(313) SERNA: *op. cit.* p. 579: «Otras veces lo hemos dicho: los perjuicios que puedan ocasionarse no deben recaer en este caso sobre el que bajo la garantía de las leyes adquirió lo que, según el Registro, pertenecía al que ya había enajenado, sino sobre el que pudiendo inscribir y dar esta señal de alarma a cuantos acudieran al Registro, y hacerlos aparecer en su día como adquirentes de mala fe, dejó de hacerlo y dio lugar al segundo contrato».

(314) SERNA, en el comentario al art. 34: *op. cit.* p. 621: «injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no pueda tener conocimiento por el Registro».

(315) Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984) pp. 173-176.

Y es aquí donde, destacando con Don JERÓNIMO GONZÁLEZ —que en este punto nada espúreo introduce en nuestro sistema— el papel de *leit motiv* que la buena fe desempeña en la armónica obertura de la Ley de 1861 que es su Exposición de Motivos (316), se hace necesario responder negativamente. Mejor que con nuestras palabras, lo haremos con las más contundentes de DE LA SERNA (317): «*no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe*». Siendo ello así, ninguna necesidad hay de esa coartada ética a la que se refería NÚÑEZ LAGOS (318), para justificar en todo caso un requisito que, superando el silencio del texto de la Ley, la jurisprudencia no ha vacilado en exigir por coherencia con el sistema y armonía con la orientación general de nuestro Derecho (319).

(316) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de buena fe*. «Estudios, I. pág. 398: «Puede decirse que, sobre todo en la primera parte de esta armoniosa obertura de la Ley, la adquisición de buena fe tiene la importancia de un *leit motiv* o tema principal que acompaña, refuerza, matiza o dirige a todos los razonamientos». A los textos de la E. M. citados por el a. podrían añadirse otros, e. c.: «Consiste ésta [la publicidad] en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro ... (p. 228). «La Comisión, lejos de poner en pugna los derechos seculares de la mujer y del menor con los no menos respetables de los que con buena fe han adquirido el dominio u otros derechos reales, los armoniza... (p. 230). «Más justo es, pues, que el perjuicio recaiga sobre el que dio lugar a él que sobre el que no pudo preverlo ni evitarlo, cuya buena fe no debe quedar burlada (p. 253)»; «La Comisión [...] fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquier otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio (p. 255)»; «Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación: también se rescinden aunque no hayan sido inscritas antes de la demanda en el Registro, si el adquirente obró dolosamente, salvo en este caso el derecho que un tercero haya adquirido entre tanto con buena fe (p. 256); «La Comisión ha resuelto esta cuestión [la convalidación de la hipoteca constituida por quien al momento de hacerlo no aparece en el Registro con derecho para hacerlo y, posteriormente, lo adquiere] en sentido negativo; ni podía hacerlo de otro modo a no ser inconsecuente. La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado: por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarían perjudicados los que tuvieran un derecho real adquirido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y así el dolo o la incuria de unos vendría a convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia (p. 278-279)».

(317) SERNA: *op. cit.* p. 634.

(318) NÚÑEZ LAGOS: *Don JERÓNIMO*, *cit.* p. 10: «No obstante, era difícil oponerse a la invocación casi divina de la frase «buena fe». Su significado ético fue el papel secante de toda refutación en flor. La ética desvaece a la crítica».

(319) Sobre la exigencia jurisprudencial de la buena fe en el art. 1473 CC y su implicación con el sistema registral, *cfr.*, en nuestra más reciente doctrina, RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona 1994, pp. 55-65, explicando como consecuencia de una «conversión» lo que, aunque desconocido u olvidado, se encontraba ya originariamente, a nuestro juicio, en la Ley Hipotecaria y en su primer y más autorizado comentario.

Sentada la necesidad de buena fe para la protección registral del tercero, queda abierto el camino a la cuestión de su elevación a la categoría de principio hipotecario: ¿Es posible en nuestro sistema hablar de un principio de buena fe? Las respuestas negativas han partido de los dos polos extremos en la imaginaria escala por la que se podría medir el valor y rango de la buena fe hipotecaria. Desde abajo, se dice que, más que un principio autónomo, constituiría un subprincipio, dentro del de fe pública registral (320), desde arriba, que la exigencia de buena fe constituye un presupuesto general de protección legal y, por tanto, no un principio específicamente hipotecario (321). La primera razón carecería de base si se admite, según hemos venido manteniendo, que el requisito de la buena fe se extiende en el Derecho Hipotecario rebasando los límites de la fe pública registral. La segunda, en cambio, debe admitirse en sí misma, pero sin que prejuzgue, a nuestro juicio, la cuestión planteada. Admitimos, ciertamente, que la buena fe es exigencia general de protegibilidad legal; nosotros mismos hemos destacado en este trabajo la existencia de una base transhipotecaria de nuestro Derecho de Cosas, consistente en la protección del tercero de buena fe. Ahora bien, ¿impide ello que, dentro del campo específicamente hipotecario, pueda atribuírsele el carácter de principio que fuera de él se le reconoce? Si como decía Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (322), la buena fe «acompaña, refuerza, matiza o dirige» todos los razonamientos de la Exposición de Motivos en la explicación de la Ley Hipotecaria, ¿no se la deberá considerar como un auténtico principio de la misma? Nosotros pensamos que sí; sin que sea óbice que también lo sea fuera de ella, y porque, además, su elevación a principio hipotecario hace justicia a la peculiaridad del significado y valor de la buena fe en nuestro sistema registral frente a la consideración que se le presta en los modelos comparados.

(320) Así, por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit. pp. 665-666: «Ahora bien, este hecho no autoriza para sostener que la buena fe constituya un *principio fundamental* en nuestro sistema inmobiliario registral, y por ello críticamente a aquellos autores que en la lista de principios hipotecarios sitúan el de buena fe. No vemos en la buena fe otra cosa que uno de los varios requisitos o circunstancias que la ley exige deben concurrir para que el tercer adquirente pueda gozar de la protección de la fe pública del Registro. El que para ello deba ser el tercero un adquirente de *buena fe* es cosa embebida dentro del principio de la *fides publica* registral ...».

(321) Así, DE LA RICA: *La buena fe...*, cit. pp. 541: «Aunque la buena fe no constituya un principio hipotecario, que en verdad no lo es, sino un presupuesto de toda protección legal ...» y 544: «Ha tomado, pues, carta de naturaleza en la vigente legislación hipotecaria [...] la buena fe, no como un principio especial que la informe, sino como un concepto ético que [...] orienta y gobierna todo el ordenamiento jurídico privado»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, cit. pp. 455-456: «Es impropio hablar de principio de la buena fe. Como principio, la buena fe pertenece al campo general del Derecho civil en todas sus partes, y de él existe una manifestación en Derecho inmobiliario, dentro del principio de la fe pública».

(322) *Op. et loc. ant. cit.*

Efectivamente, el contraste resulta clarísimo en la comparación de nuestro sistema con los latinos. En éstos, la preferencia del comprador que primero inscribe no resulta impedida por el conocimiento que el mismo pueda tener de la existencia de una venta anterior. Ni un tal conocimiento le colocaría en situación subjetiva de mala fe, ni, en general, la particular posición psicológica del tercero contaría para nada al efecto de su protegibilidad registral; tan sólo, y en aplicación de una de esas máximas que por derivar del más elemental instinto jurídico tienen que imponerse sobre la artificiosidad constructiva de cualquier sistema, el concierto fraudulento con el vendedor —*fraus omnia corrumpit*— le impedirá la protección del Registro (323). Se comprende que en la doctrina, sobre todo italiana, esa irrelevancia, en principio, de la buena o mala fe, tenga que alzarse como un escollo necesitado de ser explicado y superado. Se le sorteará diciendo que la buena fe a cuyo servicio se pone el sistema es la buena fe general o en abstracto, y no la del tercero singular en cada caso concreto; o que la falta de inscripción induce una presunción *juris et de jure* de general conocimiento de

(323) Sobre la indiferencia de la actitud psicológica y ética del tercero protegido en el sistema de transcripción, *cfr.*, e.c., en Francia. PLANIOL-RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français. III Les Biens*, París 1926, p. 630: «La bonne foi n'est pas exigée chez le tiers qui oppose le défaut de transcription; son droit demeure le même qu'il ait ou non connaissance de l'aliénation antérieurement consentie. C'est, en effet, une règle générale que tout système de publicité est rigoureusement indépendant de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers»; en Italia. FERRI: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare. cit.* p. 43: «Nel sistema della trascrizione lo stato soggettivo del terzo è fatto normalmente irrilevante»; PUGLIATTI: *La trascrizione. cit.* pp. 233-234: «Facendo riferimento alle ipotesi in cui il fenomeno pubblicitario viene a contatto col concetto di buona fede, che qui va inteso come *ignoranza*, di regola la legge richiede l'attuazione della pubblicità, e si disinteressa della buona fede, alla quale non attribuisce particolare rilevanza». En cuanto a que el conocimiento de la venta anterior no supone mala fe: TROP LONG: *op. cit.* pp. 356-357: «Hâtons-nous de dire que la simple connaissance d'une vente antérieure, non transcrite, ne constitue pas en état de mauvaise foi celui qui achète de nouveau le même immeuble». En cuanto a la descalificación del concierto fraudulento, en Francia, el mismo TROP LONG: *op. cit.* p. 537: «Mais si le second acheteur avait participé à une fraude machinée par le vendeur, pour tromper le premier acheteur; si celui-ci avait été victime moins de sa négligence que d'une manoeuvre concertée par le vendeur, de complicité avec le second acheteur; dans ce cas, il serait impossible de laisser la transcription couvrir un acte de la plus insigne mauvaise foi»; PLANIOL-RIPERT: *op. cit.*, p. 631: «Il en est toutefois autrement si le second acquéreur s'estime victime frauduleusement avec le vendeur pour dépouiller le premier acheteur, dans ce cas, l'art. 3 de la loi de 1855 ne peut recevoir application en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*». En Italia se resiste incluso a este límite en la ciega protección otorgada al tercero: así. FERRI: *op. cit.* pp. 45-46, aduciendo razones de seguridad del sistema: «Le precedenti considerazioni valgono a renderci ragione del perchè la dottrina e la giurisprudenza italiana non siano poste nel solco della giurisprudenza francese. Si nega in generale valore attuale al principio secondo cui la frode tutto corrompe».

lo no inscrito (324). Inconsistentes y artificiosas explicaciones, que ni convencen allí donde se las propone (325), ni se avienen con la ineludible función del Derecho: la de dar solución en justicia a los casos concretos (326). Lo más triste es que en nuestra doctrina y para nuestro sistema se las haya dado por buenas (327), ¡Cuando, impregnado del sentido realista y ético del Derecho, GÓMEZ DE LA SERNA dejó dicho, expresamente, que «la ficción de la ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el Registro no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas» (328)! En nuestro sistema

(324) FERRI: *op. cit.* pp. 43 y 44: «È bene subito avvertire, a scanso di equivoci, che l'affidamento del terzo è tutelato in astratto e non in concreto [...] La tutela del terzo di buona fede costituisce il fondamento etico del nostro istituto, il quale ne è tutto permeato, ma non lo strumento tecnico attraverso cui opera la legge. Per vero, la dottrina dominante tende a reintrodurre la buona fede e la mala fede, e quindi l'affidamento, cercando di renderlo operante attraverso un concetto di buona fede (o mala fede) presunta *juris et de jure*. Quando un atto è reso pubblico si presumerebbe conosciuto (mala fede), ignorato (buona fede) in caso contrario».

(325) *Cfr.*: el mismo FERRI, a continuación del texto anteriormente citado: «Il fatto che, secondo la dottrina dominante, si tratti di presunzione assoluta (che non ammette prova contraria), basta ad avvertirci che si troviamo di fronte ad un'inutile sovrastruttura dottrinale».

(326) No podemos admitir en este punto las afirmaciones de FERRI: *op. cit.* pp. 45: «Ma tali ingiustizie, che saranno pur sempre eccezionali, vengono compensate largamente dal grande beneficio che ne riceve la circolazione» y 48: «Per quanto riguarda in particolare i fatti illeciti, per i quali basta la semplice colpa, restando esclusa la necessità di un'intenzione di ledere (dolo), non vediamo come possa considerarsi ingiusta la prevalenza del secondo acquirente la quale è prevista nella legge stessa. Potrà essere iniqua o immorale: ma questo è un altro discorso».

(327) Es el caso de CARRETERO: *Retornos*, II, *cit.* pp. 128: «Muchos autores se ocupan precisamente de explicar esta aparente anomalía de que la última justificación de esa prevalencia esté en la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y luego se proteja a quien no se preocupó de averiguar el contenido del Registro, e incluso a quien conocía la inexactitud del mismo. Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios; pero no menos determinantes de la norma legal en definitiva adoptada»; p. 131: «En definitiva, todas las legislaciones latinas han partido de una protección enérgica al tercero inscrito que le dejase a salvo de peligrosas e inciertas pruebas sobre hechos psicológicos. Es un caso más del paso de la presunción *Juris tantum* a la presunción *Juris et de jure*, allí donde el juego de intereses presenta la gravedad suficiente como para que el principio de seguridad jurídica prevalezca sobre el de aparente justicia intrínseca» Tan desconcertante como estas afirmaciones es que, además, se nos parezca negar el derecho a mantener en este punto posición distinta a la francesa o a la alemana: «Por ello, cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva y en los latinos, porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema?» (p. 128).

(328) DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 60.

registral la publicidad favorece a quien pone su confianza en el Registro, considerándolo índice fiable de la realidad; quien conoce la realidad distinta a lo que el Registro publica, deberá estar a dicha realidad. Desde tal punto de vista la buena o mala fe del tercero nunca puede ser una circunstancia indiferente.

En el sistema alemán —de donde se le reputa propio e importado a nuestro en el proceso de su metamorfosis germanizadora— sí que se atiende al requisito de la buena fe, pero en forma distinta a como se hace en nuestro Derecho. Efectivamente, el corte introducido por la abstracción entre el acuerdo transmisivo y el contrato obligacional que lo fundamenta, así como el carácter constitutivo atribuido a la inscripción registral, reducen en gran medida el campo de juego de la buena fe (329), excluyendo de su irradiación salvadora las quiebras de titularidad provenientes del título adquisitivo del titular inscrito y las inexactitudes registrales derivadas de la existencia de derechos provenientes de transmisiones *inter vivos* no inscritas. En tales circunstancias, más que ser la buena fe la chispa que pone en movimiento el mecanismo sanante del Registro, es la mala fe el dato obstativo que lo impide (330). No ocurre así en nuestro Derecho, donde, en expresión de VALLET DE GOYTISOLO (331), es la buena fe la que obra el milagro y salva al tercero.

¿Por qué esta peculiaridad de la buena fe en nuestro sistema registral? ¿Por qué, contra el sistema francés, nunca se puede prescindir de ella y por qué cuando se la toma en cuenta se la enfoca como circunstancia positiva y determinante de la protección registral del tercero? La respuesta es sencilla y está en completa coherencia con la interpretación de la publicidad registral como *fattispecie* de apariencia jurídica. En Francia, donde la publicidad no llega a tanto pero su práctica se impone imperativamente, la ventaja del tercero que se adelanta a inscribir tiene tanto de premio a la presteza de éste como de castigo a quien dejó de hacerlo: en esta perspectiva, la buena fe no cuenta y sólo

(329) Precaviendo contra la hipertrofia de la buena fe en nuestro Derecho, lo advertía NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la propiedad español*, cit. pp. 521-522: «Téngase en cuenta que el B.G.B. puede admitir con gran amplitud el concepto de buena fe, porque en el B.G.B. la inexactitud del Registro tiene un ámbito muy restringido, y a la *scientia* del tercero le quedan, por lo tanto, muy pocas posibilidades. En el sistema español la inexactitud del Registro (art. 40), por existir derechos reales legalmente válidos fuera del Registro, es de una gran amplitud».

(330) El enfoque negativo de la mala fe como circunstancia impositiva, aparece en la redacción del § 892 BGB: *Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück [...] erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß [...] die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist*. El § 973 del Código Civil suizo, por el contrario, y al igual que el art. 34 de nuestra LH, hace de la buena fe circunstancia positiva y determinante de la protección registral: *Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerb zu schützen*.

(331) VALLET: *La buena fe...*, cit. p. 431.

el concierto fraudulento con el vendedor descalifica positivamente. En Alemania, donde la publicidad desborda su propio cometido convirtiéndose en instrumento intrínseca y artificialmente valedor de lo que a ella se acoge, la buena fe, en tanto que exigencia positiva y razón determinante de la protección del tercero, resulta desplazada y sustituida por la mala fe, como circunstancia impositiva de dicha protección. En nuestro Derecho, en cambio, donde la publicidad registral es sólo y siempre publicidad, instrumento, por tanto, de cognoscibilidad legal *erga omnes*, la protección del tercero está positivamente necesitada de su buena fe y en ninguna otra causa puede fundarse: ni en el valor intrínseco de la inscripción —ni de la ahora causada, ni de la precedente a la que anuda— ni en un supuesto automatismo registral que nunca sería deseable (332).

Aquí llegados, podría quizás objetársenos: Valga lo dicho para la exigencia de buena fe positiva frente a la relegación de la mala fe a circunstancia obstativa; valga que el mantenimiento de la publicidad en los términos de la pura apariencia exija el protagonismo determinante de la buena fe del tercero. Pero ¿y cuando éste es protegido sin previa

(332) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *op. cit.* p. 441: «Si la fuerza motriz no está en el Registro, ha de residir en otro elemento de la adquisición del tercero; es decir, en la buena fe de éste»; J. GONZÁLEZ: *Principio de buena fe, cit.* p. 397: «Esta protección carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud o deficiencia del Registro y, lejos de haber sido inducido a error por sus declaraciones, trata de conquistar la ventajosa situación de titular inscrito»; *Id.*, p. 400: «La investidura —y el Registro de la Propiedad que de ella deriva— es tan sólo la armazón exterior, la forma notificadora del derecho real, y tiene a su favor únicamente la apariencia jurídica, porque es el tipo normal del derecho, la forma con que regularmente entra en la vida. Y de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión con buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la misma inscripción y la buena fe»; ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 669, transcribiendo y asintiendo a LACRUZ: «Como afirma LACRUZ, ciertos autores belgas y no pocos italianos y franceses afirman que la exigencia de la buena fe meramente subjetiva introduce una segunda forma de publicidad y compromete la estabilidad del régimen legal de transmisiones inmobiliarias, haciendo perder valor a la transcripción, cuya característica es funcionar mecánicamente; pero según el referido autor, tales afirmaciones, o son arbitrarias, o no prueban nada. Ciertamente, el requisito de la buena fe introduce un elemento subjetivo que compromete el automatismo en el funcionamiento de la protección del Registro, pero nada impone que este automatismo haya de ser considerado (al menos con referencia a nuestro sistema) como un progreso deseable. Al contrario, está en pugna con el fundamento de la tutela del Registro. Ésta, según la opinión más razonable se concede al adquirente como resultado de una *apariencia*. Pero la ley no puede proteger esa apariencia en su entidad objetiva, sino en su reflejo subjetivo: en el engaño que produce en aquel que confía en ella fundadamente, y a quien impide percatarse de la situación real, pues crear apariencia para proteger a los que no están engañados, a los que conocen la situación real, supone emplear la fuerza del Derecho para premiar a quien, sin beneficio de nadie sino de él mismo, comete un acto reprobado por la moral: adquirir, a sabiendas, cosa ajena. Esta es la única consecuencia específica del automatismo, porque aparte de esto, el Registro que exige la buena fe es —o puede ser— tan seguro como el otro: al ignorante nunca ha de perjudicarle su ignorancia, y al que sabe que una cosa es ajena, nunca debe ayudarle la ley a quedarse con ella. Estas palabras de Lacruz las suscribimos sin género de duda...».

inscripción en la que pueda confiar? En tal caso, sin previa apariencia registral, tampoco valdría la razón que hemos dado para fundamentar la exigencia de la buena fe y para calibrar su significado. Ciertamente, sin previa inscripción, la protección del tercero no puede fundarse en la confianza prestada por éste al Registro. ¿Valdrá aquí la solución latina de la irrelevancia de la buena fe y el premio a quien inscribe por el hecho de hacerlo? En la interpretación jurisprudencial del art. 1.473 CC tenemos clara y terminante la respuesta. Ningún inconveniente en admitir que el adelantarse a inmatricular pueda ser motivo decisivo de la protección legal; pero siempre contando con que para entrar en el círculo de los «preferibles» es necesario haber actuado de buena fe, esto es: desconociendo la existencia de compraventa alguna anterior y creyendo, por tanto, que el vendedor se encontraba en situación de libertad contractual y dispositiva. Ello añadido, podemos ya concluir sobre la peculiaridad de nuestro sistema registral en materia de buena fe: A diferencia de lo que ocurre en Francia y en Italia, nunca se prescinde de su necesidad, ni siquiera cuando el tercero que inscribe no pudo contar con una previa situación de apariencia registral en la que poder confiar; existiendo tal apariencia, la buena fe es la razón determinante de la protección del tercero. Esta indeclinable exigencia y esta peculiar significación de la buena fe es la que nos lleva a propugnar para ella la consideración de principio hipotecario en nuestro Derecho.

Exigida siempre; con alcance de principio hipotecario ..., ¿cuál es su concreto y completo contenido? Es la tercera de las cuestiones que nos habíamos propuesto, y a la que hemos de entrar ahora a responder.

En paralelo al enfoque negativo y positivo de la buena fe posesoria, según es habitual distinguir (arts. 433 y 1950 CC), y tomando como pauta la literalidad del art. 34 LH, la buena fe hipotecaria se podría describir negativamente como desconocimiento de la inexactitud del Registro, o, positivamente, como creencia de que la persona que aparece como dueño en el Registro, lo es en la realidad y tiene facultades para disponer de su derecho (333). Claro está que la buena fe así descrita es sólo la que podríamos llamar buena fe hipotecaria ordinaria o más frecuente. Si hemos admitido antes que se puede dar algún supuesto de protección hipotecaria sin previa inscripción, tendremos ahora que dar cabida a una buena fe no formada en torno a la confianza en la apariencia registral. El comprador sucesivo que inmatricula cree que su transmitente es dueño y, por desconocer la existencia de venta anterior alguna, que tiene expedita y libre su facultad dispositiva. En todo caso, en cuanto se trata de una buena fe involucrada en la formación del pro-

(333) Una definición técnica, aunque incluyendo elementos que no todos admitirían. en VALLET DE GOYTISOLO: *op. cit.* p. 444: «Es la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión en concepto de dueño, de que aquel es el titular real y puede disponer de su derecho».

ceso decisorio y consistente en el desconocimiento de alguna circunstancia que objetivamente invalidaría el acto adquisitivo, la buena fe hipotecaria nos sitúa dentro de la que se suele distinguir como buena fe subjetiva, frente a la buena fe en sentido objetivo o como canon de comportamiento honesto y leal.

Entendida la buena fe hipotecaria como un particular supuesto de la buena fe en sentido subjetivo, se plantea inmediatamente el problema de la determinación de sus ingredientes: ¿Comprende, además de su componente de error, la dosis de diligencia normalmente exigible? Sabido es que en torno a esta materia está suscitada de antiguo la contienda entre las concepciones psicológica y ética de la buena fe, así denominadas, simplificando mucho, porque para la primera bastaría el estado psicológico de desconocimiento, mientras que para la segunda dicho desconocimiento deberá ser inexcusable; esto es: padecido no obstante el empleo de la normal diligencia (334). Nosotros, en este punto, nos alineamos en la denominada concepción ética de la buena fe: la que entiende que la diligencia es en ella ingrediente necesario (335). Nos llevan a entenderlo así razones de muy diverso tipo, pero en las que las más generales y de fondo prevalecen siempre sobre las exegéticas y más menudas. Por una parte, el recurso a la misma denominación «buena fe» para hacer referencia a este género de situaciones subjetivas de desconocimiento, implica ya que en ellas hay algo más que error: bastaría, de lo contrario, con emplear esta sola palabra por tantas veces se hace en Derecho. Por otra, si al que yerra en torno al estado de cosas existente se le favorece jurídicamente sólo por ello, haciendo que tal error no le perjudique y que para él todo resulte como si las cosas fueran según las creyó, habría que soportar sin protesta las ironías de NÚÑEZ LAGOS sobre el premio registral a la ignorancia, el *tertius insipiens* y la conversión del Registro en *asylum ignorantiae* (336) y,

(334) Para los términos de la discusión y su exacto significado, *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: *La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil*, AAMN, XXIX p. 8 y ss.

(335) Es esta la postura defendida, señaladamente, por VALLET DE GOYTISOLO: *op. cit.* pp. 442-445. Contrarios a ella, e.c., SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 458: «... el conocimiento o desconocimiento basta por sí solo para provocar la mala o buena fe, con absoluta independencia de la intención del adquirente y de la conducta de éste» y 459-460: «En nuestro sistema no cabe exigir una especial diligencia. Precisamente la circunstancia de que la exija especialmente el art. 36, demuestra que la regla general es la contraria»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 311-315; MIQUEL, aunque no con absoluta seguridad, *op. cit.* pp. 19: «En el supuesto del artículo 34, 2.^o, se vuelve a considerar por el legislador decisivo tan sólo el conocimiento sin mencionar para nada la diligencia. Se trata de un estado intelectual con independencia de la causa del mismo» y 22: «De todo ello resulta que el citado artículo 36 de la L.H. no es base segura para generalizar un concepto de buena fe en el que sea esencia la incompatibilidad con la culpa».

(336) NÚÑEZ LAGOS: Don JERÓNIMO, *cit.* p. 9: «Mientras tanto al tercero no se le protege si es *homo sapiens* y sólo alcanza inmunidad por su ignorancia: *tertius insipiens*. El Registro advenía un *asylum ignorantiae*».

más en general, las acusaciones dirigidas contra la doctrina de la protección de la apariencia jurídica como tabla salvadora de atolondrados y negligentes (337). Si el Derecho da protección al tercero de buena fe, tiene que ver en él algo más que un mero desconocedor o ignorante. El mero error lleva en el orden civil a la ineficacia que provoca el vicio de la voluntad. Cuando lo actuado no se resuelve en la ineficacia sino que resulta positivamente mantenido y tratado en sus consecuencias como si fuera realidad lo que erróneamente imaginaba el tercero, es porque el error se ve envuelto en una actitud personal merecedora de tutela en Derecho. En nuestra opinión estas razones valen más —sin que tampoco este dato sea desdeñable— que la referencia legal a la diligencia en el art. 36 de la Ley Hipotecaria. La filosofía de la Ley, que no tiene por qué explicitar o desarrollar en cada caso lo que en general entiende por buena fe subjetiva, quedó manifiesta al concretar la Exposición de Motivos de 1861 el sentido preciso de la publicidad registral: «Consiste ésta en que [...] no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla escrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, *sin haberla cometido ni podido conocer* adquiera la finca gravada» (338). A partir de esta idea se articulará la forma concreta de solución a las cuestiones que sucesivamente vayan planteándose en el desarrollo de la ley, siempre evitando que el dolo o la incuria de uno pueda convertirse en daño de otros «que hubieran obrado con buena fe y diligencia» (339). También en GÓMEZ DE LA SERNA se encuentra alguna afirmación lapidaria sobre la filosofía de la Ley en esta materia: «la Ley le protege [al adquirente] contra lo que no puede conocer, no contra lo que por negligencia deja de averiguar cuando tiene medios para conseguirlo» (340).

Lo dicho sirve, en nuestra opinión, para fundamentar con toda solidez el ingrediente de diligencia necesario en la buena fe. No obstante, antes de dejar cerrada su argumentación, se hace necesario salir al paso a una dificultad, importante a primera vista, que de adverso podría objetársenos. Si la publicidad no basta por sí sola para proteger al tercero; si el tercero, no obstante la previa inscripción en favor del transferente, tiene que cerciorarse diligentemente del derecho de éste, ¿no estare-

(337) Sobre ello, y sobre la necesidad de diligencia en el tercero protegido en la doctrina de la apariencia, nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente...* cit. pp. 276 ss.

(338) E. M., p. 228. Habría otros textos en igual sentido, e.c., p. 237, al desechar el sistema transmisivo francés: «... da lugar a que los acreedores sean defraudados y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que *no ha podido tener conocimiento*».

(339) E.M., p. 279.

(340) DELA SERNA: *op. cit.* p. 633.

mos arrinconado ahora la que tantas veces hemos destacado como finalidad determinante de la instauración del Registro, esto es: su misión plenamente aseguradora del tráfico inmobiliario? No es así. Es perfectamente posible, y al mismo tiempo sumamente sencillo, armonizar la función aseguradora de la publicidad con la diligencia exigible al tercero por ella protegido. En la hipótesis ordinaria la consulta al Registro constituye el modo diligente de informarse sobre el derecho del transmitente. Así se justificó el Registro: como medio de accesibilidad con garantía de fiabilidad a una información que con frecuencia, incluso tras la investigación mas cuidadosa y exigente, resultaba imposible. Ahora bien, reconocer esto y admitir que al tercero que consulta el Registro no se le debe añadir, en principio, carga alguna de comprobación extra-registral complementaria, no equivale a negar el componente de diligencia necesario en la buena fe. La consulta al Registro no exime del deber de diligencia, sino que implica haberlo observado. Y no se nos replique diciendo que de este modo, coincidiendo en la realidad con la tesis que limita la buena fe a la pura y aséptica situación de desconocimiento, mantenemos un deber de diligencia sólo nominal o vacío (341), porque sólo integrando la diligencia en el contenido de la buena fe, será posible negar la protección del Registro a quien alega efectivo desconocimiento de lo no inscrito, cuando ésto, por «herir los sentidos» —en expresión muy repetida de nuestra jurisprudencia— o por existir en su ámbito próximo, pudo y debió serle conocido (342). Creemos que sólo este concepto más rico de la buena fe es coherente hasta el final con el significado relativo de la publicidad registral, que, lejos de hipostasiar artificialmente y con consistencia objetiva la realidad de lo publicado, se limita en nuestro Derecho a ser el medio manifestador al cual puedan atenerse quienes, observando el comportamiento exigible para ser acreedores de tutela jurídica, en él hayan confiado. Es cierto que la organización del Registro y los controles y garantías de la registración, permiten entender, en principio, que el tercero que se atiene a lo inscrito actúa de buena fe; que la inscripción permite fundar la creencia en la realidad y verdad de lo inscrito. Pero nada impide, en concreto, que lo inscrito no sea real, y que lo real no inscrito sea cono-

(341) Algo así parecería desprenderse de las palabras de SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 459-460: «En nuestro sistema no cabe exigir una especial diligencia. [...] Por otra parte, si acudiéramos al tipo normal de diligencia exigido en nuestro Derecho, la de un buen padre de familia, llegaríamos a la misma solución, ya que esta general diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca o derecho real».

(342) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1984), p. 198: «Es el caso [derechos reales patentes] de las servidumbres aparentes, que por su visibilidad no pueden ser desconocidas por el tercero, perjudicándole como si constasen inscritas; su ignorancia, aun real y verdadera, sería inexcusable». Mantiene también la carga ética de diligencia exigible en el adquirente, aunque advirtiendo que no se la debe exagerar, Díez-PICAZO: *Fundamentos, cit.* p. 397.

cido por el tercero, o cognoscible al mismo por presentar al exterior indicios de su existencia. Al fin y al cabo, la publicidad constituye una manifestación de la apariencia jurídica, artificial, provocada, e incluso legalmente privilegiada, pero no su única manifestación posible. A lo primero de lo antes indicado, esto es: a la general fiabilidad de la inscripción, responde la presunción legal de buena fe en el tercero (art. 34 II LH), que en dicha fiabilidad objetiva encuentra su específico y positivo fundamento (343); a lo segundo, es decir: a su relatividad en función de la situación del tercero a quien se dirige, la prevalencia de la apariencia posesoria sobre la registral cuando el tercero, al adquirir, la «conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla» (art. 36, a) LH).

De acuerdo con lo anterior, podemos terminar exponiendo el contenido de la buena fe hipotecaria aplicando a la misma la descripción general de la buena fe tutelada en la doctrina de la protección de la apariencia. Consistiría en «una situación psicológica cifrada en un estado de error o ignorancia, ética y jurídicamente calificada de inculpable, y determinante de una actuación realizada en la convicción de su juridicidad y en la confianza de su intrínseca eficacia» (344). Así concebida, la buena fe subjetiva, más que una forma distinta y contraponible a la buena fe en sentido objetivo, resulta, con esta última, una perspectiva o enfoque de la realidad unitaria y global de la buena fe (345).

2. PRINCIPIOS INSTRUMENTALES ORGANIZADORES

La finalidad pretendida para la publicidad, y la intensidad de los efectos que de ella se hacen derivar, va a determinar la forma de organización del Registro y la elección de los requisitos impuestos a la registración. De nuevo quedará de relieve en esta materia la peculiaridad de nuestro sistema registral. Sus principios organizadores, mucho más desarrollados que los del sistema francés, tampoco van a coincidir con los germánicos. Veámoslo exponiendo a grandes trazos cada uno de tales principios.

1.º *Principio de publicidad formal.* Cuando la Exposición de Motivos de 1861 explicaba el sentido preciso atribuido al término «publicidad», después de haber hecho referencia a la desaparición de las

(343) Sobre la objetividad de la apariencia jurídica como fundamento de la presunción de buena fe, nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente*, cit. pp. 285 y ss., esp., p. 288: «Lo que en un principio parecía simple inversión de la carga de la prueba de la buena fe, resulta ser, examinado más de cerca, el medio elíptico de su demostración (presunción *juris tantum*), comprendida en la simple alegación de su causa determinante».

(344) Cfr. de nuevo, nuestra *La representación aparente*, cit. pp. 271-272.

(345) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL: *La posesión*, cit. pp. 173-178.

hipotecas ocultas y al efecto general de la inoponibilidad de los derechos no inscritos, terminaba diciendo que la publicidad consiste «en que el registro de la propiedad, en que el registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes. No son de temer en este sistema —añadía— pesquisas impertinentes que puedan alentar las malas pasiones y convertir en daño de personas determinadas los secretos de su crédito» (346).

He aquí, tras el aspecto sustantivo o material de la publicidad, su dimensión formal: la accesibilidad de la noticia registral a todo interesado en su conocimiento. «A su desenvolvimiento —por ser la publicidad una de las bases fundamentales de la Ley Hipotecaria, dirá más adelante la Exposición de Motivos, bajo el epígrafe «De la publicidad de los registros»— ha destinado la Comisión un título del proyecto. La publicidad puede darse por medio de exhibición de los registros en la parte necesaria a las personas que tengan interés en consultarlos, o por certificación de los registradores, únicos documentos con que pueden acreditarse en perjuicio de tercero, la propiedad o gravámenes de los bienes inmuebles o de los derechos reales. Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes» (347).

De nuevo, la forma de acceso a la noticia registral, e inmediatamente a continuación, la indicación de su virtualidad sustantiva. Es que, siendo el efecto material de la publicidad inconcebible sin contar con la posibilidad de los terceros de obtener efectivo y fácil conocimiento de lo que el Registro publica, toda la organización del Registro —señaladamente, su organización territorial— se pergeña en función de la llamada publicidad formal (348). Es ello lo que justifica la elevación de esta última al rango de los principios hipotecarios adjetivos u organizadores.

En el tratamiento doctrinal ordinario de los principios hipotecarios, la publicidad formal es objeto de somera referencia dentro del principio de publicidad y como aspecto diferenciado de la misma (349).

(346) E. M., p. 228.

(347) E. M., p. 314.

(348) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de publicidad*, «Estudios...», cit. p. 395: «Los fines sociales y jurídicos que la fe pública del Registro persigue no se alcanzarían si no se estableciera para hacer efectiva la notoriedad de las inscripciones una reglamentación adecuada, adjetiva en cierto modo, que permita a los interesados conocer, sin grandes investigaciones ni gastos, las oficinas donde han de recibir las noticias que buscan y el contenido de los asientos que puedan afectarles. Contribuye en primer lugar a tal resultado la organización territorial de nuestro sistema hipotecario ...».

(349) *Vid.*, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *op. ant. cit.* pp. 395-396; CAMPUZANO: *op. cit.* p. 62; NÚÑEZ LAGOS: *La evolución ... cit.* p. 55; ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 297-298 y 314-316 LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 51-52.

Habiendo destacado nosotros la publicidad registral de los derechos reales como una de las bases de nuestro Derecho de Cosas, y descompuesto lo que antaño constituía el objeto del principio sustantivo de publicidad en las distintas manifestaciones de la misma que hoy reciben tratamiento como principios separados, debemos ahora, y en plena congruencia con su dimensión formal, traer a este lugar, como primer principio hipotecario adjetivo u organizador, esta básica derivación de la publicidad consistente en la accesibilidad de la noticia registral a todo interesado en su conocimiento.

2.º *Principio de especialidad o determinación.* El principio de especialidad nos salió ya al paso al enumerar y exponer las bases de nuestro Derecho de Cosas. Es que, como afirma la común doctrina, su contenido puede ser proyectado en una doble dirección: sustantivamente, hacia la caracterización de los derechos reales, e instrumentalmente, hacia la organización del Registro y la determinación de la forma y contenidos de la publicidad (350). Es en esta segunda proyección donde la especialidad se erige en principio hipotecario organizador. Nosotros, al ocupamos de ella inmediatamente a continuación de la publicidad formal, vamos a reconocerle la preeminencia que, en cuanto complemento imprescindible de la publicidad (351), se le atribuyó en los momentos fundacionales de nuestro Derecho Registral, y la que, en dicho concepto, efectivamente le corresponde como criterio co-inspirador, el más radical y determinante, de la organización del Registro.

En efecto, a la especialidad como complemento de la publicidad se había referido ya LUZURIAGA en términos coincidentes en el fondo

(350) Cfr. CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 62-63: «La especialidad, lo mismo que la publicidad puede manifestarse en una *forma sustantiva* y en una *forma adjetiva*. La primera exige la determinación de los derechos inmobiliarios en todos sus elementos característicos [...]. En su *forma adjetiva* la especialidad he de regular la forma y requisitos de los asientos, el modo de llevar los Registros, la descripción de las fincas, etc.» (subs. del a.); GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de especialidad*. «Estudios ... », *cit.* p. 428: «Sus desenvolvimientos modernos [del principio de especialidad], de carácter sustantivo o material y adjetivo o formal, penetran en la entraña de los derechos inscritos, regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros, imponen una exacta descripción de las fincas, y la determinación precisa del contenido, limitaciones, condiciones y rango hipotecario de los derechos reales»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, *cit.*, p. 208: «[...] es indudable que [la especialidad] se extenderá: 1.º Desde el punto de vista sustantivo, a la determinación exacta de los derechos reales inscribibles en la totalidad de sus aspectos [...]. 2.º Desde el punto de vista formal, a la determinación de la forma y lugar de practicarse los asientos y el modo de llevarse el Registro, como complemento indispensable de la publicidad formal». En la doctrina alemana, MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 292: «Das Spezialitätprinzip kommt ebenfalls materiellrechtliche und formellrechtlich vor».

(351) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 931: «la *especialidad* [sub del a.] es el complemento necesario de aquel principio» [el de la publicidad]; *Exposición de Motivos* de 1861, p. 231: «La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad».

con los que después mantendrá la Exposición de Motivos de 1861. Sin especialidad, decía el primero, sería imposible conocer la verdadera situación de los inmuebles (352); según la segunda, sólo puede decirse que una hipoteca es pública «en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que afecta y de la cantidad a que se extiende la garantía» (353). Son dos privilegiados exponentes de la centralidad de la especialidad, de las direcciones sustantiva y registral de sus irradiaciones, y de su inseparabilidad respecto de la idea misma de la publicidad. Sustantivamente se traduce en la abolición de las hipotecas generales; registralmente, en la determinación de los elementos que han de constar en la inscripción; y su inseparabilidad de la publicidad aparece en la afirmación de que una publicidad inconcreta no sería verdadera y efectiva publicidad. En tal forma, más que añadido externo y complementario, la especialidad es nota interna y necesaria de la publicidad: corolario (354) o secuela (355) de ella, más que su complemento. De otra parte, como organizadora del Registro, la especialidad inspira, desde la adopción del sistema de publicidad por fincas o folio real (356), hasta la determinación de la forma y contenido de los asientos registrales (357). Bien está, pues, que en atención a su prioridad lógica le demos preferencia en el orden de exposición de los principios organizadores.

En su *ultima ratio* el principio de especialidad sirve a la idea de claridad (358), y en su aplicación al Registro se traduce en la determinación

(352) LUZURIAGA: *op. et loc. ant. cit.*: «Pero la publicidad no sería completa si quedaran subsistentes las hipotecas generales; la *especialidad* es el complemento necesario de aquel principio; sin ella sería imposible conocer la situación verdadera de un bien inmueble que hubiera de servir de objeto a una obligación; de otro modo no puede ser racional el consentimiento, recayendo sobre medios desconocidos para cumplirla».

(353) E. M., *loc. ant. cit.*

(354) Así, Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. cit.* p. 292: «Como un corolario del principio de especialidad habría de consagrarse muy pronto el llamado de *especialidad*» (sub. del a.).

(355) Así, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 208: «Aun considerado como secuela o complemento del de publicidad ...».

(356) Sólo el sistema de folio real permite que, como decía LUZURIAGA: *op. cit.* p. 931, cada inmueble presente en el Registro un verdadero balance de su situación. Para JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. cit.*, p. 428, es consecuencia lógica de la especialidad: «1.º La cimentación del sistema sobre la inscripción de superficies deslindadas del globo terrestre, descritas con arreglo a pautas rígidas en asientos numerados correlativamente y extendidos sobre folios separados. La finca entidad hipotecaria, es el soporte jurídico de los derechos reales que a ella se refieren, y responde a la necesidad de especializarlos o especificarlos». Afirman también la derivación del folio real del principio de especialidad, COSSÍO: *op. cit.* p. 71; DE CASSO: *op. cit.* p. 178; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 59; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 552-553.

(357) Como decía D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, *op. et loc. ant. cit.*, las exigencias de la especialidad «transcenden al sistema entero y se infiltran en todos sus elementos orgánicos [...] regulan la forma de los asientos y el modo de llevar los Registros [...]».

(358) BAUR: *op. cit.* p. 31: «Mit ihm soll vor allem der Rechtsklarheit gedient werden».

exacta y precisa de la noticia registral acerca del derecho inscrito. Impone, en expresión de GÓMEZ DE LA SERNA, «que las inscripciones sean claras, precisas y den noticia exacta de todo lo que pueda conducir para que los que acudan a consultar los Registros, formen una idea verdadera de la propiedad inmueble, de su extensión, de los títulos en que se funda, de las cargas, gravámenes y obligaciones a que está afectada, de la seguridad que ofrece a los que la adquieren y de las garantías con que pueden contar los que presten sobre ella capitales» (359). Se ha pasado así, sin solución de continuidad, de la base sustantiva de la especialidad de los derechos reales (*Spezialität*) al principio de la determinación (*Bestimmtheitsprinzip*) de su noticia registral (360).

En nuestro moderno Derecho de la publicidad inmobiliaria, la especialidad, como coesencial con la publicidad en el modelo germánico adoptado, ha estado siempre presente en la inspiración y plasmación del sistema registral: más embrionariamente en el Proyecto de 1851 (361),

(359) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 508. Con anterioridad, LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944: «Que todo título que se admita en el Registro debe contener la expresión más inequívoca de la persona de los contrayentes, lo dicta la razón y lo establecen las leyes de todos los países; y que deben además aquellos títulos designar los bienes que son objeto de la inscripción con toda individualidad, es una consecuencia necesaria del principio de *especialidad*. [...]». En la doctrina actual, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 58: «[...] se trata de conseguir la univocidad más absoluta en las manifestaciones del Registro, para lo cual es preciso que la inscripción pueda publicar con toda exactitud el titular de cada derecho, la finca sobre que recae, el contenido del derecho y la proporción que al titular corresponde»; para el desglose de las exigencias de la especialidad en su proyección registral, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 552-554. En Alemania, MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 292: «Das Spezialitätsprinzip kommt in der GBO darin zum Ausdruck, daß überall Klarheit des Buchinhalts angestrebt wird».

(360) Sobre la doble denominación del principio, JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de especialidad*, *cit.*, p. 428: «Como el principio iba adquiriendo mas amplitud de la que correspondía a la antítesis (*general-especial*), Regelsberger propuso la sustitución del término corriente por la frase principio de determinación (*Bestimmtheitsprinzip*), de igual modo que nuestro SÁNCHEZ-ROMÁN añade el principio de determinación al de publicidad y especialidad para poner de relieve que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, debe *determinarse* la cantidad o parte del gravamen de que cada una debe responder»; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, *cit.* p. 143: «Sobre la finca perfectamente identificada funciona el principio de especialidad: No es posible un derecho real sino en tanto en cuanto afecte a una finca concreta e individualizada. No caben hipotecas ni otros derechos reales *generales* sobre el patrimonio genérico del deudor [...] Este principio de especialidad, cuando de hipotecas se trata sufre un mayor rigor, y se habla de principio de determinación. Además de una finca individualizada, hay que reseñar (art. 12) el importe de la obligación garantida [...]».

(361) LUZURIAGA *op. cit.* p. 931: «[...] en Alemania [...] se ha llevado el rigor de la *especialidad* de las hipotecas hasta el último punto; allí cada inmueble presenta en el Registro público un verdadero balance de su situación; nuestro proyecto no va tan allá, porque no es prudente improvisar un sistema absoluto, pero deja a los reglamentos la facilidad de perfeccionarlo progresivamente» Sobre ello, *Cf.* OLIVER: *op. cit.* pp. 72-73.

satisfactoriamente desarrollada en 1861 (362), y perfeccionada mediante algunos retoques en la reforma de 1944-46 (363). Sin necesidad en el presente contexto de entrar en el detalle de sus manifestaciones, baste destacar que en nuestro Derecho, al tener que conjugarse con el principio causalista y con el de libre creación y configuración de los derechos reales (*numerus apertus*), la especialidad exige un mayor esfuerzo descriptivo que en el Derecho alemán, debiendo especificarse en la inscripción el concreto contenido del derecho registrado (364) y

(362) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 448, comentando el art. 9, y concordantes, de la Ley: «En el conjunto de todas estas disposiciones se ve que su espíritu dominante es que con claridad y precisión conste la identidad de la finca, la naturaleza y extensión del acto o del contrato que se inscribe, la identidad, capacidad y autoridad en su caso de las personas que intervienen en ellos, y la conformidad de la inscripción con el título».

(363) Dice al respecto la E. M. de 1944: «El principio de especialidad se consolida al suprimir los cuatro últimos párrafos adicionados al art. 8.^o de la Ley en la reforma de 1909. La facultad que en el mismo se reconocía de inscribir los treudos, servidumbres, censos y demás derechos de naturaleza real en hoja especial y bajo un solo número, no ha tenido eficacia práctica y chocaba contra la orientación general del sistema, cimentado en la más rigurosa especialidad». Concreta los retoques al principio de especialidad en esta reforma, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 118: «c) *El de especialidad*, suprimiendo como entidades hipotecarias los derechos reales que gravaran dos o más fincas (art. 8.^o), determinando con toda exactitud la idea del folio registral (art. 13), precisando el modo de ingresar los derechos en el Registro (arts. 14, 15 y 29) y estableciendo la necesidad de distribución del precio aplazado, cuando fuere objeto de especial garantía (art. 11)».

(364) Aparece con claridad en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 454-455: «En las mismas razones que quedan expuestas, se funda la prescripción que a continuación de la antes mencionada pone el Reglamento, a saber, que cuando no se dé al derecho que se ha de inscribir nombre en el título, no se designe tampoco en la inscripción. Aquí habría además de los inconvenientes que dejamos expuestos al tratar del nombre mal usado en el título, el de que no todos los derechos, actos y contratos que pueden llevarse al Registro, tienen denominación en las leyes: no carecen de él sin duda los más usuales, pero al lado de ellos hay una regla que permite la libre contratación en todo lo que ni el derecho ni la moral se ofenden, y dentro de estos anchos límites caben muchas combinaciones que en vano procurarían agotar el legislador, por casuísticas que hiciera las leyes, y mucho menos si conociendo la índole de su misión, las inconveniencias de empeñarse en resolver soberanamente lo que sólo puede ser obra de la jurisprudencia, y la inutilidad de hacerlo, porque entrando en este camino la materia es infinita, se circunscribe a dictar reglas para los casos frecuentes y algunas disposiciones generales respecto a todos los derechos y obligaciones que no formula bajo denominaciones especiales». Al esfuerzo descriptivo indicado en el texto, se refiere la E.M. de 1944 con las siguientes palabras: «La mención en el Registro de aquellas circunstancias que constituyen especiales modalidades de la relación que se trata de inscribir es un requisito indispensable en un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del *numerus clausus*, y en que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil».

la causa (365) que lo fundamenta.

3.º *Principio de registraci3n por fincas o de folio real*. El criterio de registraci3n por fincas no suele incluirse en las enumeraciones «can3nicas» de los principios hipotecarios, y, desde una concepci3n rigurosa de tales principios, podr3a quiz3s pensarse que con raz3n, ya que, seg3n acabamos de ver, tal criterio resulta una consecuencia del principio de especialidad. De todos modos, no siendo completamente absoluta la relaci3n de necesidad entre especialidad y folio real (366), ni forzosamente ileg3tima la admisi3n de principios en conexi3n de derivaci3n respecto de otros m3s b3sicos, pensamos que la consideraci3n del criterio de registraci3n por fincas como principio con entidad propia, adem3s de l3gicamente correcta, resulta objetivamente justificada por destacar y hacer justicia a la transcendencia del mismo como quicio organizador de la llevanza del Registro (art. 243 LH). As3 se hace cuando en la doctrina suiza se habla de un *principe du classement r3el* (367), o cuando en la nuestra se enumera la foliaci3n real entre las «reglas fundamentales» (368) del sistema o se la considera como una de las «caracter3sticas» (369) del mismo. Entre nosotros, expresamente, MORELL la consideraba como principio hipotecario adjetivo o norma b3sica de organizaci3n y funcionamiento del Registro (370).

Hab3a ya mantenido LUZURIAGA (371) que el Registro deb3a organizarse de forma que cada inmueble presentara en el mismo un verdadero balance de su situaci3n. Se entiende as3 que el principio de registraci3n por fincas, presente ya en el Proyecto de 1851 (art. 1819), pasara a la Ley Hipotecaria de 1861, constituyendo —en la apreciaci3n de ROCA SASTRE (372)— uno de sus principales

(365) RDGR de 11 de junio de 1993: «La exacta especificaci3n de la causa es imprescindible para accederse a la registraci3n de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinaci3n registral, como por ser la causa presupuesto l3gico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la funci3n calificadora en su natural extensi3n, y despu3s practicar debidamente los asientos que procedan (*vid. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193. 2.º del Reglamento Hipotecario*). T3ngase en cuenta, adem3s, el diferente alcance de la protecci3n que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en funci3n de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (*vid. art. 34 de la Ley Hipotecaria*)».

(366) *Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: Sistemas hipotecarios...*, *cit.* p. 110: «Aun en los reg3menes que admiten el folio com3n (*personal*), conserva la finca su propia individualidad, sin que se permita la inscripci3n de una parcela indeterminada».

(367) As3, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 6-7.

(368) LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (1968), p. 64.

(369) DE CASSO: *op. cit.* pp. 67-68.

(370) MORELL: *op. cit.* pp. 81-82.

(371) LUZURIAGA *op. cit.* p. 931.

(372) ROCA SASTRE: *Transcendencia...*, *cit.* p. 603.

aciertos (373). Mediante él, nuestro Registro, apartándose diametralmente del francés, se alinea en la corriente germánica, pero sin identificarse con lo que en este punto serán finalmente el Registro alemán o el suiz. En estos, el sistema de folio real se adiciona con el del «encasillado»; en el nuestro, la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales impone un folio real sin casillas (374), donde, con la amplitud necesaria, puedan inscribirse los actos y contratos que, a la medida del concreto interés de las partes, configuran los derechos que el Registro publica. ¿Lamentable merma de la claridad y sencillez del Registro (375)? En nuestra opinión, el precio -por cierto nada gravoso- de una libertad que sólo con violencia podría sofocarse. Desarrollarlo supone pasar al principio siguiente.

4.^o *Principio de registración mediante inscripción.* Tampoco la peculiaridad de la registración mediante inscripción suele destacarse en nuestra doctrina como principio hipotecario, y, a nuestro juicio, bien que debería hacerse, ya que, aunque la configuración de la inscripción como forma principal del asiento registral sea una derivación del principio de especialidad (376), ni es sólo eso, ni cuando lo es, constituye su derivación necesaria. No es sólo eso, porque a la configuración de la inscripción concurren en medida no inferior al principio de especialidad algunas de las bases de nuestro Derecho de Cosas. Y no

(373) Con todo, CARRETERO: *Retornos...* II, *cit.*, p. 83, precaviendo contra el excesivo optimismo acerca de la bondad de nuestro sistema, advierte en este punto: «1. El sistema de registración por fincas. No hay duda que éste es el mejor sistema; pero haremos muy mal en sentirnos descansados y tranquilos con decir que la Ley española sigue en esto el mejor sistema, porque la verdad es que éste requiere una serie de presupuestos adyacentes que en nuestra Ley no se dan. Será bueno, por tanto, detenerse a pensar en los grandes inconvenientes del sistema de registración por fincas en tanto falten esos presupuestos, no, naturalmente, para defender la sustitución del sistema, sino para conseguir la implantación de sus necesarios presupuestos».

(374) Aunque de «casillas» se habla en la E. M. de 1861, p. 308 [«La Dirección del Gobierno será, cada vez que se renueven los Registros, una nueva advertencia a los Registradores de que tienen rigurosamente que ajustarse a las formalidades establecidas por la ley y reglamentos. llenar las casillas y hacerlo todo con entera sujeción a lo que se halle prevenido»], lo cierto es que, como admite el común de la doctrina [*cf.*, e.c., CASSO: *op. cit.* p. 340 y COSSÍO: *op. cit.* p. 72], la distribución de nuestro folio registral no responde al rígido sistema del encasillado.

(375) Así lo consideran COSSÍO y DE CASSO en los lugares citados en la nota anterior.

(376) *Cf.* LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944: «Que todo título que se admita en el Registro debe contener la expresión más inequívoca de la persona de los contrayentes, lo dicta la razón y lo establecen las leyes de todos los países; y que deben además aquellos títulos designar los bienes que son objeto de la inscripción con toda individualidad, es una consecuencia necesaria del principio de *especialidad*, y por eso ha sido consignada esta disposición por todos los Códigos en la medida en que han aceptado ese principio ...»; COSSÍO: *op. cit.* p. 160: «Se apoya y refleja, como ningún otro asiento, el de inscripción, en los llamados principios de *especialidad* y de *determinación*» (los subs. son de los respectivos aa.)

es derivación necesaria —por única— de la especialidad, porque la técnica del encasillado aparece hoy como una alternativa a nuestra inscripción igualmente derivada del principio de especialidad e inspirada por él.

Los autores de nuestra Ley Hipotecaria, teniendo a la vista el doble modelo de la transcripción y de la inscripción, y después de haber ponderado sus respectivas ventajas e inconvenientes, eligieron el de la inscripción (377), que GÓMEZ DE LA SERNA, en su comentario a la Ley, conceptuará como «el extracto breve, aunque bastante expresivo que se pone en los Registros del acto o documento que se inscribe» (378). Después vendría la forma del encasillado con su riguroso concisismo uniformante y mutilador de los derechos reales, de imposible encaje en nuestro Derecho por ser prácticamente incompatible con el criterio del *numerus apertus* (379) y muy difícilmente compaginable con el

(377) Cfr. E. M. de 1981, p. 248: «¿Deberá trasladarse al Registro copia literal de las escrituras de todos los actos traslativos de la propiedad y de los que la modifican, o solamente se pondrá en él un extracto de la escritura? En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la transcripción, o el de la inscripción? Nuestro Derecho hasta ahora ha preferido la inscripción, no hubiera esto sido motivo suficiente para decidir a la Comisión, si la inscripción no fuese bastante, a fin de dar a la propiedad, a los demás derechos en la cosa, a la contratación y al crédito, toda la firmeza que se busca al reformar la legislación antigua.

Las legislaciones modernas no están acordes respecto a este punto: unas transcriben, otras inscriben. La transcripción tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar los errores a que puede dar lugar un extracto mal hecho, y de necesitar menos capacidad en los Registradores. Al lado de estas ventajas tiene grandes inconvenientes, nacidos de la complicación y abultado volumen de las titulaciones, de la poca sencillez y precisión de los formularios de las escrituras, que, aun dado caso que se reformaran desde luego, no podría remediarse el mal respecto a los títulos anteriores, y sobre todo el de que las enajenaciones y constitución de los derechos reales de poco valor difícilmente compensaría los gastos que requiere. La Comisión ha creído que la inscripción minuciosa que propone, las fórmulas concretas y comprensivas de todas las circunstancias que se han de hacer constar en los Registros, los modelos que acompaña y las precauciones que adopta para que no se eluda la Ley, satisfacen cumplidamente a las ventajas de la transcripción, salvando sus inconvenientes».

(378) SERNA: *op. cit.* p. 227.

(379) Vid. MORELL: *op. cit.* p. 94: «Seducirá tal vez el sistema alemán y el australiano [...] pero como, desgraciadamente, son raros los casos en que no se estipula algo que excede de la naturaleza del contrato, resultaría imposible llevar el libro encasillado por la gran extensión que habría de darse a la casilla de las condiciones, a fin de que pudieran escribirse literalmente como está mandado y como debe hacerse para que al verificar el extracto de las mismas no se cometa error y resulte el Registrador interpretando el valor gramatical y el jurídico, no sólo de la frase, sino también del período»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 15: «Donde se admita un sistema de *numerus clausus*, de derechos tipificados en la ley rígidamente y en número limitado, no sólo será posible un sistema de inscripción, sino que bastará que ésta exprese el *nomen juris* del derecho para que quede perfectamente descrito. Donde rija un sistema de *numerus apertus*, la inscripción habrá de delimitar el derecho configurado en el título inscribible, y para ello será a veces precisa una verdadera transcripción de éste». Desde este punto de vista llama la atención el difícil intento de COSSÍO: *Proyecto de Bases...* pp. 160-161, al propugnar simultáneamente el mantenimiento del sistema de *numerus apertus* (Base 5.^a) y la adopción del encasillado (Base 8.^a).

causalismo de nuestro sistema transmisivo (380).

He aquí, pues, de nuevo, manifestada ahora en la forma de la toma de razón, la peculiaridad de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria: Desechada, de una parte, la transcripción francesa (381), como la forma propia de un Registro de folio personal adaptado a la idea de una publicidad meramente preclusiva, y sin posibilidad, de otra, de instaurar un sistema de encasillado (382), por incompatible con los

(380) COSSÍO: *op. cit.* p. 72: «Hacia ese ideal de claridad [el encasillado], difícilmente adaptable a nuestro régimen hipotecario, que se funda en los títulos y no en el mero consentimiento abstracto de constituir, transmitir, modificar o extinguir una relación jurídica real ...»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: en WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 207: «Esta desproporción [la que se produce entre las formas alemana y española de toma de razón en el Registro] deriva de la diferencia de sistema, pues mientras en el derecho alemán se inscriben los derechos, a base de modificaciones jurídicas acontecidas, con exclusión de condiciones y términos, sobre un consentimiento de inscripción desprovisto de toda cláusula que enerve o debilite la modificación jurídica real y desplazando cuanto afecta a las relaciones obligatorias antecedentes del simplicísimo negocio de disposición formal, con lo cual cabe, según expone el texto, «designar exactamente el derecho a inscribir (o la limitación de disponer) con arreglo a su categoría, contenido y persona del titular (o de la persona favorecida por la limitación)», en nuestro régimen se inscriben títulos, documentos, cuyo extracto es necesario».

(381) Sobre ella y sobre su práctica, en el comentario a la Ley francesa de Transcripción, *cf.* TROPLONG: *op. cit.* pp. 282-283: «C'est le moment de faire connaître d'une manière spéciale comment s'accomplit ce mode de publicité. La transcription est la copie intégrale du titre sur un registre tenu par le conservateur des hypothèques. Le législateur a sagement repoussé, ainsi que nous l'avons conseillé ailleurs, le système de l'inscription par extrait, comme on le pratique à l'égard des hypothèques. Pour un mince avantage d'économie, ce système expose à des inexactitudes et à des oublis, préjudiciables surtout lorsqu'il s'agit de l'établissement de la propriété foncière. D'un autre côté, il eût été dangereux de se contenter, comme le proposait le Gouvernement, du dépôt d'une copie de l'acte à transcrire, et de former un recueil de toutes les copies déposées; les chances de perte eussent été inévitables. Il fallait donc maintenir la transcription ou copie intégrale et textuelle, comme elle avait été établie par la loi de brumaire an VII et conservée par le Code pour les donations et la purge des hypothèques. C'est ce qui a été fait. Aussi, sur la question de savoir comment et avec quelles distinctions il faut entendre cette copie intégrale, nous renvoyons à ce que nous avons dit ailleurs, en traitant de la matière de la purge des hypothèques. On peut le résumer ainsi: Les clauses qui déterminent les divers éléments d'un même contrat ne doivent pas être séparées; mais quand il y a plusieurs ventes dans un même acte, quand des biens sont vendus par lots et que chaque lot est adjugé à une personne distincte, chaque adjudicataire n'est tenu de faire transcrire que la partie du procès-verbal qui regarde son lot. Il n'y a rien dans le texte de la loi que nous expliquons qui nous force à abandonner la distinction que nous avons faite. Le projet du Gouvernement prescrivait le dépôt «d'une copie entière de l'acte ou du jugement»; mais ces mots, qui n'ont d'ailleurs rien de plus formel que ceux de l'art. 2181, n'ont point passé dans la loi».

(382) Sobre la configuración del folio real en Alemania, *cf.* JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios ...», *cit.* I, pp. 99-101; WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 176. En Suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 85 y ss.; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Código Civil suizo*, «Estudios ...» I, *cit.* pp. 166-167; SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.^o 17) p. 69.

principios inspiradores de nuestro Derecho de Cosas —causalismo transmisivo (383) y libertad conformadora de los derechos reales— y por inviable en su propia finalidad simplificadora, al obligar por su excesivo esquematismo a la consulta de documentos complementarios ajenos al folio registral, nuestro Derecho adopta la forma de la inscripción (384) como modo de armonizar el causalismo y número-aperturismo inspiradores del régimen de bienes con la brevedad, claridad y determinación exigidas a la publicidad por el principio de especialidad, «siguiendo siempre la doble idea —decía GÓMEZ DE LA SERNA (385)— de que en el Registro se concilie la claridad con la brevedad, pero sin sacrificar una a otra, y, por tanto, sin omitir nada de lo necesario ni poner lo superfluo».

En el triple modelo de toma de razón hoy propuesto —transcripción, inscripción y encasillado (386)— la registración mediante inscripción resulta ser, pues, una derivación de las bases de nuestro Derecho de Cosas en la construcción del mecanismo de nuestra publicidad inmobiliaria. La inscripción, «resumen brevísimo que debe tener todas las condiciones necesarias para que aparezca la situación verdadera de cada finca», según la describía DE LA SERNA (387), conjugando con la brevedad la exigencia de su contenido necesario (art. 9 LH), es en dicho mecanismo el punto donde confluyen la especialidad

(383) Es significativo que en Suiza, donde el encasillado tiene que convivir con el causalismo transmisivo, el raquitismo de la casilla indicadora del derecho publicado tenga que ser compensada con la amplitud atribuida a la *Vormerkung*. Cfr. sobre ello, DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 98-102, 276-312 y 519-577; SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.º 16), pp. 14-36.

(384) La única voz discordante en este punto es la de NÚÑEZ LAGOS: *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, RDN 1962, pp. 103 ss., sosteniendo que nuestro Derecho acoge el sistema de transcripción. Réplica a esta opinión, en ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 139-141.

(385) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 492. El mismo ideal aparece posteriormente formulado en la Exposición del Decreto de 8-2-1946, aprobando la nueva redacción de la Ley Hipotecaria: «En cuanto a la mayor brevedad de los asientos, aspiración expresada por el legislador en armonía con las exigencias modernas, que requieren la máxima sencillez y claridad en las fórmulas de la inscripción, el nuevo texto simplifica no sólo la redacción de los asientos principales, en los que se refleja el historial del dominio y de los derechos reales sobre inmuebles, sino también la del asiento de presentación, cuya importancia es tan capital en nuestro sistema inmobiliario. La reducción al mínimo de los requisitos formales de todos los asientos, sin menoscabo de los principios esenciales del sistema, unida a la supresión de las menciones de derechos que pueden y deben ser objeto de inscripción especial, así como la eliminación de los derechos de naturaleza netamente personal u obligacional del ámbito inmunizante del Registro, han de contribuir poderosamente a la claridad de éste y a facilitar su publicidad, haciéndolo más asequible al directo conocimiento de los interesados».

(386) Cfr. CASSO: *op. cit.* p. 360; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos II*, *cit.* pp. 346-347.

(387) *Op. cit.* p. 228.

y determinación de la noticia registral con el causalismo transmisivo y el principio de *numerus apertus* (arts. 2, 2.º LH y 7 RH), y, en su trascendencia organizadora, constituye al mismo tiempo una de las normas básicas del funcionamiento del Registro de la Propiedad (388), esto es: un principio hipotecario adjetivo u organizador. A nuestro modo de ver, es ésta la única forma en la que puede hablarse en nuestro Derecho de un principio de inscripción (389). Así lo hizo, desde su privilegiada situación y *tempore non suspecto*, la Exposición de Motivos de 1861 (390). Si nosotros no lo hemos hecho, obligándonos a recurrir a la expresión más tortuosa de «principio de registración mediante inscripción», ha sido para evitar el equívoco que inevitablemente se seguiría del empleo de la denominación más breve y certera: «principio de inscripción», dado el sentido que nuestra doctrina, por influjo de la elaboración alemana de los principios, viene atribuyendo, lo admita o no, al así denominado para expresar el valor sustantivo de la inscripción. Quede, no obstante, reivindicada la legitimidad de un *principio de inscripción* en nuestro Derecho, en el genuino sentido que le atribuyó la Exposición de Motivos de 1861.

5.º *Principio de rogación*. El principio de rogación, a veces también llamado de voluntariedad (391), viene a expresar —diciéndolo con palabras de Don JERÓNIMO GONZÁLEZ— que el Registrador «actúa generalmente a instancia de parte por motivos de interés privado, y sólo excepcionalmente de oficio por razones cualificadas y tasadas de orden o interés público» (392). Así concebido, se le considera

(388) MORELL: *op. cit.* pp. 81-82: «B) Principios adjetivos [...] 2.º Normas de funcionamiento.— Se han de incluir en ellas todas las que sirvan para dar facilidad y rapidez al mecanismo del Registro como, por ejemplo: [...] que los asientos se practiquen con claridad y sencillez, a fin de que brevemente y sin omisiones se pueda apreciar la situación jurídica de los inmuebles» (subs. del a.).

(389) Para dicho principio en su sentido sustantivo, *cfr.* lo dicho *supra*, nota 183.

(390) P. 248: «En otros términos: ¿deberá adoptarse el principio de la transcripción, o el de la inscripción?». Literalmente, la expresión se va a utilizar también en la Ley de Bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1988, concretamente en la Base 12: «... con sujeción todo ello a los principios y prácticas del Derecho de Castilla, modificado en algunos importantes extremos por los principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima».

(391) Así lo denomina CAMPUZANO: *op. cit.* p. 65, y de voluntariedad o rogación habla Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de rogación*, «Estudios ...» I, *cit.* p. 454. Afinando al respecto, dice SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...*, II, *cit.* p. 80, nota 1: «La denominación de principio de voluntariedad, a pesar de ser técnicamente exacta, no me parece muy recomendable en nuestro Derecho, por prestarse a confusiones con el concepto de voluntariedad de la inscripción, que tiene un alcance diferente».

(392) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*, «Estudios ... I, *cit.* p. 435. En términos similares, COSSÍO: *op. cit.* p. 101: «El procedimiento hipotecario se inicia a instancia de parte, y el Registrador solamente en casos excepcionales practica de oficio los asientos». Para una relación de asientos practicables excepcionalmente de oficio, *cfr.* CHICO Y ORTIZ: *op. cit.* pp. 634-637.

como el principio de organización que impone al Registro la forma de funcionamiento connatural a la índole civil del mismo Registro y de los derechos en él publicados (393), y se entiende que su vigencia en nuestro sistema resulta particularmente clara y especialmente coherente. Particularmente clara, por la enfatización del carácter civil del Registro cuando, en sus momentos fundacionales, interesaba sobremanera alejar de él cualquier asomo de mezcolanza administrativo-fiscal (394). Y especialmente coherente, por el carácter voluntario y no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho (395).

Admitida la gran dosis de verdad existente en lo así propuesto, parecería necesario apurar algo más en el contenido del principio de rogación y en la descripción general de la mecánica del Registro. De lo anteriormente dicho quedaría la impresión de que el principio de rogación coincide con la nota de la voluntariedad de la inscripción, y que la iniciativa de esta última queda en nuestro Derecho a la pura y exclusiva iniciativa de los particulares. Si se repara con algún detenimiento en uno y otro punto, pronto se verá que ninguno de ellos se ajusta exactamente a la verdad de las cosas.

En primer lugar, parece claro que rogación y voluntariedad de la inscripción no son una misma cosa. GARCÍA GARCÍA lo ha indicado destacando que aunque la inscripción fuera obligatoria, subsistiría el

(393) La idea puede verse en DE LA SERNA *op. cit.* p. 428: «Y esto es lo natural: en los negocios civiles, por doquiera, se deja siempre franca y expedita la acción de los particulares para adoptar todas las medidas de precaución que puede aconsejarles la prudencia, y que caben dentro de los principios generales que dominan la legislación para asegurar sus respectivos derechos, y alejar, en cuanto puedan, el peligro de perderlos» *Id.* p. 433: «[...] ni la obligación de registrar bajo pena de nulidad, ni la fijación de término dentro del cual necesariamente se haga la inscripción, se avienen con su sistema [de la Ley Hipotecaria] [...] En efecto, ahora, ni la inscripción es necesaria, ni hay un término perentorio y corto para hacerla, sino que en cualquier tiempo en que se presente el documento en el Registro, puede verificarse»; CAMPUZANO: *op. et loc. ant. cit.*: «Nuestro sistema hipotecario no se impone como forzoso a los propietarios. Suponiendo que el interés de los mismos es suficiente estímulo para la inscripción, por los efectos que ésta debe producir, y respetando la libertad individual, la ley deja a la voluntad de los interesados, por regla general, el que inscriban su derecho, pudiendo hacerlo si quieren y cuando quieran». En Alemania: MEYKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p.: «Das Grundbuchrecht ist vom Antrags-Grundsatz beherrscht, da man davon ausging, daß das Privatinteresse der Beteiligten im Vordergrund stehe».

(394) *Cfr.* DE LA SERNA: *op. cit.* p. 433: «[...] ni está enlazado el Registro a la recaudación del impuesto de hipotecas con los estrechos vínculos que antes los unían. [...] los que dejan de inscribir no es por ignorancia, es, o por descuido, o por malicia para burlar el impuesto, que es el enemigo mayor del nuevo sistema hipotecario, como lo ha sido del antiguo».

(395) SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 90: «Dado el carácter voluntario de la inscripción, es evidente que no puede hablarse de que exista un especial deber de pedir la inscripción. El desenvolvimiento del sistema hipotecario no exige que los particulares tengan esta obligación». Con anterioridad, DE LA SERNA, en los lugares y textos citados en la anterior nota 393.

principio de rogación, pues para la práctica de las operaciones registrales seguiría siendo necesaria su solicitud al Registrador por el interesado o por el órgano correspondiente (396). Siendo ello así, se hace incuestionable que la esencia de la rogación, lejos de derivar de la disponibilidad de la inscripción, radica en la delimitación de las funciones y competencias confiadas por la ley al Registrador de la Propiedad: su estatuto ni le provee de medios, ni le carga con la responsabilidad de promover y practicar con iniciativa propia la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

De otra parte, que el Registrador carezca de iniciativa para la puesta en práctica de la inscripción, no puede significar que el Registro y la publicidad queden a pura merced de los particulares. Es indudablemente cierto que el Registro sirve a intereses privados, pero no lo es menos que cuando el Derecho lo instaura está atendiendo a una necesidad de seguridad o confianza en el tráfico que se entiende trascendente a los intereses simplemente individuales (397). Es ello lo que justifica que el Registro se ponga bajo la salvaguardia de los Tribunales, y que la práctica de sus asientos exija las garantías y controles que permitan presumirlos concordantes con la realidad y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud (art. 1, III LH). Este dato, unido al que representan las medidas judiciales de tutela de los derechos en litigio, determinará que la iniciativa para la práctica de los asientos registrales salga a veces del ámbito privado para pasar a corresponder, sin merma del principio de rogación (398)—según lo antes dicho— al Juez, o con tal merma—y ahora sí que muy excepcionalmente— al mismo Registrador.

En efecto, por lo que hace a la primera posibilidad, no son infrecuentes los casos en que, por razones distintas, la práctica de la inscripción

(396) GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, p. 548. Independiza también el principio de rogación frente a la modalidad voluntaria de la inscripción, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 80: «Cualquiera que sea el valor que se dé a la inscripción en los diversos sistemas, coinciden todos ellos en exigir, para que se practiquen los asientos en el Registro, la solicitud o petición de parte interesada. La actuación del Registrador y el funcionamiento del Registro, es rogada y sólo tiene lugar a instancia de parte». Hace suyo este planteamiento, Díez-PICAZO: *Fundamentos*, II, *cit.* p. 308.

(397) Cfr. LUZURIAGA: *op. cit.* p. 934: «No es, como quiere suponerse, el interés de un particular el que se protege con la publicidad, sino que con ésta se procura que, asegurados todos de la situación de una propiedad determinada, no tenga nadie motivo para retraerse de contraer con el propietario; ese retraimiento que daña a la causa pública, es lo que la Ley se propone evitar; no el daño aislado de una persona privada».

(398) La instancia judicial o pública, en tanto que excluyente de la iniciativa del Registrador, es tan compatible con la rogación como la privada. Aparece ello indicado en el mismo concepto del principio de rogación tal como lo propone DESCHENAUX: *op. cit.* p. 205: «En règle générale, le conservateur n'agit qu'à la requête des intéressés ou d'une autorité. C'est le principe de la réquisition...».

puede ser ordenada judicialmente de oficio (399) (arts. 43 III; 49 II LH; 58 RH), cargándose a veces al Juez con la responsabilidad de la misma (art. 188 LH y 262 RH). Son casos, por distinguibles de aquellos otros en que el mandamiento judicial de inscripción suple la dificultad de obtener ésta voluntariamente (e.c., arts. 40 d); 56 y 57; 60 y 61 LH), en los que resalta el origen judicial de la iniciativa que pone en marcha la práctica de la publicidad. De todas formas el Juez actúa en ellos como valedor de los derechos sometidos a su conocimiento y tutela. Más significativo, desde el punto de vista en que aquí nos situamos, puede ser algún otro en que la iniciativa judicial parece ponerse al servicio de la misma limpieza y exactitud del Registro (art. 131, 17. LH).

A su vez, por más que el procedimiento registral sea rogado, la buena llevanza del Registro exige del Registrador, su responsable, la práctica de oficio de determinados asientos. Se comprende perfectamente que así sea cuando se trate de rectificar errores materiales producidos en una anterior toma de razón (arts. 213 y 217 LH y 321 RH) (400); o de limpiar el Registro mediante la cancelación no necesitada del consentimiento del perjudicado (art. 82 II LH), o de los asientos caducados a que se refiere la Disposición Transitoria primera de la Ley Hipotecaria; o de practicar las notas marginales llamadas «de oficina» (arts. 250 LH y 45 y ss. y 195 RH). Bien se advierte que en estos casos, excluida toda posibilidad de repercusión sustantiva de la operación libraria, la iniciativa registral, aunque excepcional desde el punto de vista del principio de rogación, en nada afecta a la sustancia del mismo. Queda a pesar de ellos a salvo que la publicidad de los derechos debe ser instada por los interesados (art. 6 LH); lo que ahora se pone bajo la iniciativa reglada del Registrador no es la instancia de tal publicidad, sino la limpieza y pulcritud del Registro. Algún caso hay, con todo, donde la anotación practicable de oficio tiene transcendental proyección sustan-

(399) Ya se refería a ello DE LA SERNA: *op. cit.* p. 419, remitiendo a los arts. 182, 183, 184, 188, 198, 204, 205, 206, 211 y 212 de la Ley: «De la obligación que tienen algunas autoridades de mandar hacer la inscripción ... hablaremos al tratar de los artículos de la Ley en que se les imponen las obligaciones ...».

(400) *Cfr.* Exposición de Motivos de 1861, p. 310: «Respecto a los errores materiales hizo la Comisión diferencia entre aquellos que pueden ser rectificadas en vista de los títulos que obran en los Registros o de las inscripciones principales, y aquellos de que no existan allí estos medios de examen, comparación y comprobación. En el primer caso, ha creído que sin inconvenientes dignos de tomarse en cuenta, podría dejarse a los Registradores la facultad de hacer las rectificaciones; no así en el segundo ...». Respecto a los errores de concepto, algo más adelante —p. 311—: «Con mayor circunspección se deberá proceder respecto a los errores de concepto, cuando éstos no aparezcan claramente de las mismas inscripciones, anotaciones, cancelaciones o asientos: [...] Mas cuando el error está sólo en los asientos de presentación, en las notas marginales, en las indicaciones de referencia y en los asientos del registro de las hipotecas por orden alfabético, y la inscripción basta para hacerlos conocer, entonces se da facultad al Registrador para que por sí los rectifique».

tiva. Estamos pensando en la llamada nota de «pende» (art. 426 RH), que, al servicio de la prioridad registral, atiende no sólo al orden intra-registral de despacho de los documentos, sino que se orienta a informar al público a través de notas y certificaciones (401). De todos modos, aunque practicada de oficio por el Registrador, constituye un aditamento registral legalmente impuesto al asiento de presentación para la más plena efectividad del derecho en vías de ser inscrito a iniciativa privada.

Visto todo lo anterior, admitido que rogación y voluntariedad de la inscripción no son una misma cosa, y confirmado que, aunque con excepciones, la iniciativa para la práctica de la publicidad corresponde por ley general a los particulares, dos son las posibilidades que nos salen al paso en nuestro empeño de detectar y fundamentar los principios hipotecarios: o bien desdoblarse el que se suele presentar como contenido del principio de rogación en dos principios distintos: el de rogación y el de voluntariedad de la inscripción, o bien mantener unitariamente en el de rogación la que, distinguiendo más, pudiera ser la materia propia de cada uno de los dos principios desdoblados según la primera posibilidad. Ambas soluciones podrían ser legítimas. Según la primera (402), el principio de rogación, más estrictamente entendido, se limitaría a expresar la carencia de iniciativa del Registrador en la puesta en marcha del mecanismo de la publicidad (403). De acuerdo con la segunda (404), el mismo principio, complexivamente considerado, se referiría no sólo a la falta de iniciativa del Registrador, sino que abarcaría a indicar de dónde parte el impulso para la práctica de los asientos registrales, conectando de esta forma con la rogación o instancia privada, como impulso ordinario, y con su carácter generalmente voluntario. Quizás por ser la más común, esta segunda posibilidad sea la más adecuada al tono de nuestro empeño.

Pues bien, en este sentido complexivo, el principio de rogación vuelve a alejar nuestro sistema respecto al modelo francés, y a acercarlo de nuevo al germánico. Es curioso —quizá, más que curioso, natural— que allí donde la eficacia de la publicidad es más débil, sea también donde se la imponga obligatoriamente como medida de *police civile*, llegándose incluso a extender la iniciativa para su práctica a las autoridades y funcionarios que hayan intervenido en el acto publicable. Así

(401) Así lo hace ver GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* II, p. 646.

(402) Es la seguida por GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 546-548.

(403) Lo define GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 546, como «aquel principio según el cual el Registrador no puede proceder de oficio respecto a la práctica de los asientos registrales, sino que tiene que actuar a instancia o solicitud de parte» (sub. del a.).

(404) Es la seguida por ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario, cit.* II, pp. 162 y ss.

ocurre en Francia, más intensamente tras la reforma de 1955 (405). En Alemania, en cambio, y en Suiza —al igual que en nuestro Derecho— la inscripción es voluntaria, y su práctica se deja a la iniciativa privada (*Antrags-Grundsatz, principe de la réquisition*) (406). Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con todo, consideraba más engañosa que real esta coincidencia en la rogación de nuestro Derecho con los sistemas germánicos. Las diferencias entre uno y otro régimen son tan esenciales, por lo que se refiere a los efectos de la inscripción —decía—, que el principio resulta lógico y congruente en los sistemas germánicos, mientras que en España ha puesto en peligro los desenvolvimientos hipotecarios. En efecto —añadía—, al ser constitutiva la inscripción en Alemania, su práctica viene exigida como condición de existencia y efectividad del derecho publicable; en el sistema español, en cambio, no siendo constitutiva la inscripción, la voluntariedad de su práctica se traduce en inseguridad acerca del momento en que se produce la mutación jurídico-real, en la necesidad de resucitar la doctrina de la tradición, y en desprestigio del Registro ante los Tribunales, que no podrán resolver una simple tercería de dominio sin echar mano de pruebas ajenas a la inscripción (407). El diagnóstico nos deja insatisfechos, y la

(405) Sobre la iniciativa para la práctica de la publicidad, *cfr.* art. 32 del Decreto de 4 de enero de 1955: «Les notaires, avoués, [avocats], huissiers et autorités administratives sont tenus de faire publier dans les délais fixés à l'article 33, et indépendamment de la volonté des parties, les actes ou décisions judiciaires visés à l'article 28, 1.^o, 2.^o et 4.^o a 9.^o dressés par eux ou avec leur concours. [...]». En general sobre la obligatoriedad de la publicidad tras la reforma de 1955, MAZEAUD: *op. cit.* p. 529: «En même temps, le décret de 1955 a réparé l'erreur du décret-loi de 1935: à coté de l'inopposabilité, il a édicté deux sanctions -amende et dommages-intérêts- a l'encontre des personnes négligeant de se soumettre aux règles de publicité désormais obligatoires; la publicité est ainsi devenue une mesure de «police civile» et aussi fiscale ... L'exposé des motifs du décret du 4 janvier 1955 attire l'attention sur les progrès réalisés en cette matière: «Désormais, qu'il s'agisse de contrats, de jugements, de demande en justice, de transmissions à cause de mort, ou même de simples faits comme la construction immobilière, la règle de la publicité obligatoire sera quasi générale». En nuestra doctrina, y sobre la misma materia, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés. cit.* pp. 742-746.

(406) *Cfr.* § 13 de la alemana GBO, y art. 11 de la suiza ORF.

(407) He aquí el texto literal y completo de GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de rogación, cit.* págs. 454-455: «A primera vista parece que, si el principio de rogación ha sido admitido por el Código Civil alemán, no debe presentar graves inconvenientes que nuestro sistema arranque de la voluntariedad de los asientos. Las diferencias entre uno y otro régimen son sin embargo, tan esenciales, por lo que se refiere a los efectos de la inscripción, que el principio resulta lógico y congruente con el germánico, mientras que en España ha puesto en peligro los desenvolvimientos hipotecarios. En efecto, el que intenta adquirir por acto *inter vivos* una finca o servidumbre en Alemania, no se halla obligado a inscribir el título correspondiente, pero no *adquire*, en realidad, el dominio o el derecho real mientras la inscripción no se lleva a cabo. Como si dijésemos: el matrimonio es *voluntario*, nadie está obligado a casarse, pero el que quiera contraer matrimonio debe celebrarlo con arreglo a la Ley. Por el contrario, en el sistema español, para adquirir la propiedad o un derecho real sobre cosa inmueble, no es

crítica nos parece excesiva. Aunque no sea éste el lugar para entrar al detalle de la refutación de esta última —en realidad lo que en ella se plantea es la tesis de la superioridad de la inscripción constitutiva, de la que nos hemos ocupado ya al tratar de las bases de nuestro Derecho de Cosas—, sí que podemos proponer aquí su superación encarando el problema desde otra perspectiva: Mientras en el sistema de la inscripción constitutiva, la voluntariedad de su práctica queda reducida a un enunciado vacío o engañoso (408), esa misma voluntariedad cobra toda su realidad y efectividad cuando el sistema no convierte a la publicidad en condición de existencia del derecho inscribible. Esto parece claro: la posibilidad de existencia extra-registral de los derechos es condición de posibilidad del acto de voluntad por el que se decide en favor de su inscripción frente a la alternativa de mantenerlos al margen del Registro. En cualquier caso, lo que es cierto es que en Alemania se concede al Registrador iniciativa subsidiaria —para el caso de que los interesados «se muestren sordos» a sus «paternales advertencias», según decía GOMEZ DE LA SERNA refiriéndose al precedente prusiano (409)—, sin paralelo en nuestro Derecho, para inscribir poniendo el Registro en concordancia con la realidad (410), y que en nuestro sistema,

necesaria la inscripción y únicamente a los efectos de obtener una posición sólida contra terceras personas debe llevarse el título al Registro. Consecuencia de este eclecticismo es la falta de seguridad al discutir el momento en que un derecho de crédito dirigido a la adquisición de una finca se transforma en derecho real de dominio, la confusión entre la obligación y su pago, la necesidad de resucitar la doctrina de la tradición, no obstante el desprecio con que la miraban los juristas del siglo XIX y la desconsideración con que la trata el Código Civil, y de aquí también el desprestigio de la Ley Hipotecaria ante los Tribunales civiles, que no podrán resolver una simple tercia de dominio sin echar mano de pruebas ajenas a la inscripción» (subs. del a.).

(408) Refiriéndose al sistema suizo, y a propósito de la voluntariedad de la inscripción dirá SERRANO SERRANO: *op. cit.* (n.º 15) p. 29, que «... el principio de la inscripción viene a reducir a la nada esta voluntariedad».

(409) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 428: «Aun en Prusia, donde al tratar de esta materia se proclama la regla de que la inscripción es un negocio de orden y de seguridad pública, y se exponen los peligros que a la sociedad ocasiona el que sea dudosa o incierta la propiedad de los bienes inmuebles, no se llama a la autoridad en auxilio del cumplimiento de la ley, sino cuando ha pasado un término prudencial bastante extenso para que con holgura los interesados hayan podido ejercitar su derecho, y aun en este caso se acude a recordarles su deber, y sólo cuando se muestran sordos a estas paternales advertencias, es cuando se apela a los medios de coacción, y entonces, para no dejar abandonada la causa del orden y de la seguridad pública, que son tan considerados en la Ordenanza de Federico II dada en 1873, que es la que arregló su sistema hipotecario».

(410) Principalmente, §§ 82 y 83 GBO. Sobre ellos, *cf.*: WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 185: «[En consecuencia, la oficina del Registro inscribe sin instancia privada: ... 2. *De oficio* en tres grupos de casos, a saber:] c) ultimamente también cuando el Registro se ha hecho inexacto porque se ha verificado una transmisión de derecho sin pasar por aquél, especialmente por causa de sucesión hereditaria, §§ 82, 83 LRI. Sin embargo, esta suspensión del principio oficial queda debilitada de dos maneras: sólo una inexactitud con respecto a la inscripción del propietario (no, por ejemplo, respecto a la del acreedor hipotecario) permite al Juez de Registro a que intervenga de oficio, caso de que tenga motivo suficiente para tomar conocimiento de tal estado de cosas; y por lo regular esta intervención sólo puede consistir en recomendar a los interesados que presenten las oportunas instancias de rectificación. Sólo cuando este procedimiento de rectificación no es viable o no promete tener éxito, puede la oficina registral rectificar de oficio, § 82a LRI».

a diferencia de lo que ocurre en los germánicos —señaladamente en el suizo— por nacer los derechos fuera del Registro y por tener la solicitud de inscripción naturaleza nítidamente procesal, no se plantea problema alguno de confusión-distinción entre ésta y el acto de voluntad sustantivamente encaminado a la constitución o transmisión del derecho que se presenta a inscripción (411).

6.º *Principio de titulación auténtica* No es infrecuente que la exigencia de titulación auténtica resulte omitida en las enumeraciones al uso de los principios hipotecarios (412). Naturalmente, no significa ello que nuestros autores desconozcan la exigencia formal de dicha titulación

(411) Cuando Don JERÓNIMO GONZÁLEZ se refiere a esta materia, en *Principio de rogación*, cit. pág. 456, no parece resonar en sus palabras el régimen español de la rogación: «Pero ha de tenerse en cuenta —dice— que en la presentación se involucran frecuentemente actos de consentimiento, de régimen mucho más riguroso y que se distinguen esencialmente de aquella. No debe confundirse la declaración de naturaleza civil, hecha en la solicitud o documentos presentados, sobre la existencia de un derecho real, con la petición verbal o escrita dirigida al mismo Registrador en el momento de presentar los títulos, para que ejercite su ministerio». Sobre la naturaleza procesal de nuestra solicitud de inscripción y su clara diferenciación respecto de cualquier acto de voluntad de trascendencia jurídico-real sustantiva, cfr. SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 82: «En nuestro sistema no es necesario un especial consentimiento de inscripción, y de aquí que el primero de los supuestos indicados [consentimiento dirigido a la modificación jurídico-real] no provoque ninguna confusión con la petición de inscripción, que en algunas legislaciones ha suscitado serias dificultades»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 299: «Su naturaleza [de la petición de inscripción] es meramente adjetiva (procesal), y su carácter, aformal: puede hacerse verbalmente, e incluso puede hablarse de una petición tácita, que va implícita en la presentación del título (arg. art. 39 RH., para CHICO ORTIZ).» Sobre la complejidad y oscuridad del problema en Suiza, cfr. DESCHENAU: *op. cit.* pp. 223-226; SERRANO SERRANO: *op. ant. cit.*, pp. 42-45. En Alemania, aunque doctrinalmente se perfila en el subrayado de las diferentes notas y caracteres que permiten distinguir entre solicitud de inscripción (*Antrag*), consentimiento a la inscripción (*Eintragungsbewilligung*) y declaración del acuerdo transmisorio (*Einigungserklärungen*) —cfr., e.c., STAUDINGER-ERTL, § 873, Rz 152-160—, es inevitable que se produzca una posibilidad de superposición de manifestaciones de voluntad que enturbie la diferencia entre la mera solicitud procesal de la inscripción y el acto sustantivo de voluntad dirigido a la producción de la mutación jurídico-real. Se entiende que a la vista de esta superposición formulara Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *op. ant. cit.*, p. 456, una advertencia tan justificada para el régimen alemán como —a nuestro juicio— innecesaria para la nitidez del nuestro: «Pero ha de tenerse en cuenta» —advertía— «que en la presentación se involucran frecuentemente actos de consentimiento, de régimen mucho más riguroso y que se distinguen esencialmente de aquella. No debe confundirse la declaración de naturaleza civil, hecha en la solicitud o documentos presentados, sobre la existencia de un derecho real, con la petición verbal o escrita dirigida al mismo Registrador en el momento de presentar los títulos, para que ejercite su ministerio».

(412) COSSÍO *op. cit.* p. 16: «Como principios fundamentales, se suelen citar los siguientes: inscripción, publicidad, buena fe, consentimiento, especialidad, tracto sucesivo, legalidad, prioridad, rogación o instancia y perdurabilidad o imprescriptibilidad». Como ejemplos de enumeraciones que no destacan al principio de titulación auténtica, CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 59-66; DE CASSO: *op. cit.* p. 139; ROCA SASTRE: *op. cit.* p. 187; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), pp. 62-65; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.*, p. 185.

(arts. 3 y 4 LH y 34 RH), ni siquiera, necesariamente, que nieguen a la misma alcance principal; podría significar tan sólo que, sin perjuicio de su dimensión transcendente, se la considera hemanada con la calificación registral y englobando con ella el contenido total del principio de legalidad (413). No faltan, con todo, en nuestra doctrina quienes, con terminología diferente, destacan el requisito de la titulación auténtica como constitutivo de un específico principio de «autenticación» (414), de «autoridad» (415), o, más frecuentemente, de «titulación auténtica» (416). Nosotros nos vamos a decantar por esta segunda postura, y no sólo por la razón extrínseca y de autoridad de que, en los momentos fundacionales de nuestro actual Derecho de la publicidad inmobiliaria, GÓMEZ DE LA SERNA reiteradamente calificara como principio el cierre del Registro a cualquier documento no fehaciente (417), sino también para destacar la importancia mutua de los dos requisitos de titulación auténtica y calificación registral, y subrayar la diferencia entre ambos en tanto que requisito previo, el primero, y contenido propio e interno, el segundo, del procedimiento registral (418).

Planteadas la disyuntiva entre limitar la inscripción al documento auténtico o —tal como se hacía en Francia (419)— abrirla también al

(413) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed 1984), p. 57; Díez-PICAZO: *op. cit.* p. 315.

(414) RAMOS FOLQUES: *Lexicografía*, *cit.* p. 150.

(415) COSSÍO: *op. cit.* p. 107-109.

(416) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, *cit.* p. 231; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* I, pp. 550-552, donde expone separadamente el principio de legalidad, desdoblado en su modalidad de titulación auténtica y de calificación registral.

(417) DE LA SERNA: *op. cit.* p. 326: «La Ley partió de un principio: ningún acto, ningún contrato que no lleve impreso el sello de la verdad, de la autenticidad, debe figurar en el Registro»; *Id.* p. 335: «Todas las legislaciones están conformes en no abrir los registros más que a los actos o contratos cuya existencia aparezca de una manera fehaciente. Este principio está también consignado en nuestra Ley Hipotecaria».

(418) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, *cit.* II, p. 147-148: «La necesidad de titulación auténtica, aunque obedece al mismo fin y tiene el mismo fundamento [que la calificación registral], es una medida preventiva o precatoria del legislador, que establece de este modo una garantía previa de legalidad, pero que, propiamente hablando, es extraña al ámbito en que se desenvuelve el Registro. En cambio, la calificación de los títulos inscribibles se desenvuelve dentro de esta institución y forma parte del procedimiento registral del cual es un trámite esencial y necesario y, en cuanto tal, es uno de los requisitos previos a la inscripción».

(419) TROPLONG: *op. cit.*, pp. 289-290: «La formalité de la transcription est imposée aux actes sous seing privé, aussi bien qu'aux actes authentiques. La loi du 23 mars 1855 n'a pas voulu enlever aux parties la facilité et la rapidité des actes sous signature privée; rien, à cet égard, n'est changé aux principes du Code Napoléon». Sin embargo, la reforma francesa de 1935 dió ya un primer y tímido paso hacia la exigencia del documento público, culminado definitivamente en el art. 4 del Decreto de 4 de enero de 1955: «Tout acte sujet a publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique». Sobre ello, MAZEAUD: *op. cit.* pp. 555-557; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*; 2.^a ed. París 1987, pp. 475-476, y, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, *cit.* pp. 746-751.

privado, nuestro legislador se resolvió decididamente, razonándolo en la Exposición de Motivos de 1861, por la primera posibilidad: «*Sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los Registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad*» (420). GÓMEZ DE LA SERENA vio en ello establecido un «principio»: que «*ningún acto, ningún contrato que no lleve impreso el sello de la verdad, de la autenticidad, debe figurar en el Registro*» (421), principio cuyo fundamento ya había sido indicado por LUZURIAGA al comentar lo previsto al respecto en el Proyecto de 1851 (art. 1821): «*Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda, y esa es la razón porque se exige en el artículo 1821 que aquellos títulos consten en escritura pública, y siendo providencias judiciales, en certificaciones auténticas. Esto mismo requieren las leyes de los países regidos por el sistema Alemán*» (422).

He aquí, pues, el principio general (423) y su fundamentación, y, a la vista del mismo, la constatación, otra vez, de la asimilación de nuestro sistema a lo que al tiempo de su conformación se consideraba como el modelo alemán, y su contraste con el contra-modelo francés. Defendiendo el régimen establecido en la Ley francesa de Transcripción frente a los que recelaban de la inscripción de documentos privados alegando el peligro de que el Registro engañara a los terceros presentándoles la apariencia de un acto inconsistente, TROPLONG respondía que el fin de la publicidad es proporcionar a los terceros la posibilidad de no quedar en la ignorancia de un acto que pudiera interesarles, pero no el darles seguridad sobre su valor (424). Así enfocado

(420) E. M. p. 244.

(421) *Cfr. supra*, nota 417.

(422) LUZURIAGA: *op. cit.* p. 944. Una formulación actual de la misma idea, en DíEZ-PICAZO: *op. cit.* p. 306: «La necesidad de dotar al Registro de la máxima exactitud posible, de la máxima legalidad y de las necesarias condiciones para que se garantice la seguridad del tráfico jurídico, aconseja que las inscripciones y en general los asientos que se deban practicar en él, sólo puedan llevarse a cabo partiendo de documentos que reúnan las necesarias condiciones de autenticidad».

(423) Para sus excepciones, *vid. e.c.*, CHICO Y ORTIZ: *op. cit.* I, pp. 552-554.

(424) TROPLONG: *op. cit.* pp. 290-291: «Ce point cependant a été l'objet de vives controverses, lors de la discussion de la loi de 1855. Sous l'empire de la loi de l'an VII, on s'était déjà demandé si les actes sous seing privé pouvaient être admis à la transcription. L'administration de l'enregistrement et le ministre de la justice étaient d'avis de les écarter, comme trop susceptibles d'être falsifiés. Mais la cour de cassation jugea à plusieurs reprises que la loi n'excluait pas de la transcription les actes sous signature privée, même non reconnus ni vérifiés; et un avis du conseil d'Etat du 3 floreal an XIII, approuvé le 12, interpréta définitivement la loi dans ce sens. Lorsque la

el problema, se entiende bien la admisión a publicidad del documento privado: el Registro, limitándose a hacer inoponible lo no inscrito, no da seguridad sobre lo en él publicado. En nuestro Derecho el planteamiento es radicalmente distinto: El Registro no se concibe como instrumento de mera y descomprometida información, ni —en general— como cobijo *a posteriori* de una adquisición realizada sin contar con lo que en él se refleja, sino, básica y muy principalmente, como instancia aseguradora de quien adquiere confiando en lo que en él se publica. Porque el Registro, aunque sin nada añadir intrínsecamente a su validez, se compromete con la fiabilidad de lo inscrito; porque «se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes», decía LUZURIA-GA, o porque se la ha constituido en generadora de una apariencia jurídica protegible, diríamos hoy, en nuestro sistema se hace necesario asentarla sobre el requisito de la titulación fehaciente y auténtica.

7.º *Principio de control de legalidad, o de calificación registral.* La segunda línea de actuación del principio de legalidad, tan preponderante —en comparación con el requisito de titulación auténtica— hasta agotar su contenido en muchas de las enunciaciones de tal principio en nuestra doctrina (425) o en la comparada (426), es la calificación registral. En

loi nouvelle fut mise en délibération, quelques personnes en revinrent aux scrupules condamnés par la jurisprudence et le conseil d'Etat, et elles demandèrent que les actes sous seing privé ne fussent reçus à la transcription qu'après avoir été reconnus ou vérifiés en justice. On alléguait le danger de tromper les tiers par l'apparence d'un acte qui n'avait peut-être pas de vérité. Mais l'opinion contraire prévalut par une raison décisive. La transcription n'influe en rien sur la validité d'un titre, elle le fait simplement connaître. Les inconvénients qui naissent de l'emploi des actes sous seing privé seront-ils augmentés parce que ces actes seront publiés? La transcription ajoutera-t-elle à la possibilité qui a toujours existé de faire des actes faux ou de détruire les vrais? Le but, qui est de ne pas laisser ignorer aux tiers un acte qui les intéresse, sauf à eux en discuter la valeur, ne sera-t-il pas parfaitement atteint par la transcription d'un acte sous seing privé? La réponse à ces questions est facile: toutes les critiques dirigées contre les actes sous seing privé sont étrangères à la matière de la transcription et tendent à renverser la liberté précieuse, que le Code Napoléon a laissée, de constater la vente d'un immeuble par un acte authentique ou par un acte sous signature privée».

(425) Cfr. GIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación Hipotecaria I*, Madrid 1941, p. 26: «[el principio de legalidad] puede formularse así: *La operación registral exige una censura previa de los actos inscribibles, y que consiste en un juicio hipotecario que tomando por base los actos que constan en el Registro (que tiene carácter auténtico) y aquellos otros que sean suministrados por los interesados, (también con las necesarias garantías de autenticidad) concluya o no en la inscripción solicitada con objeto de asegurar la correspondencia entre la realidad y los libros hipotecarios*»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en WOLFF-REISER: *op. cit.* p. 204: «La calificación por los Registradores es el medio de dar efectividad al llamado principio de legalidad, o sea, de no dar acceso al Registro y consiguiente publicidad sino a los actos válidos ...»; Díez-PICAZO: *op. cit.* p. 316: «Este control es conocido en la técnica hipotecaria con el nombre de «calificación». Entre los autores se habla de un «principio de legalidad», para indicar que la extensión de los asientos en el Registro sólo puede hacerse previo control de su conformidad con la ley».

(426) En la doctrina suiza, DESCHENAUX: *op. cit.* p. 397: «De la se déduit le principe dit de *légalité au sens formel ou technique*, en vertu duquel le conservateur a le pouvoir et le devoir de vérifier que les conditions légales dont dépend une opération dans son registre sont réalisées, de façon que celui-ci soit mis en accord avec la véritable situation juridique».

Alemania, más que de preponderancia de la calificación registral en el principio de legalidad, a la vista de la sinonimia entre *Prüfungsgrundsatz* y *Legalitätsprinzip* (427), podría hablarse de completa identidad. En todo caso, contenido preponderante o exclusivo del principio de legalidad, o complemento necesario e ineludible de ella, según en nuestra más temprana doctrina hipotecarista la consideraba OLIVER (428), la calificación registral responde a la idea de que el Registro sólo debe estar abierto a «los títulos legítimos», en expresión de GÓMEZ DE LA SERNA (429), y hace referencia al control —examen o inspección (430)— de validez de los títulos inscribibles: a que el Registro —diciéndolo ahora con la Exposición de Motivos de 1861— publique derechos «cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva» (431). La calificación es, entonces, el instrumento intra-registral del principio, específicamente hipotecario y organizador (432), de legalidad, distinto, como tal, del principio constitucional (art. 9, 3.^o) de igual nombre (433).

(427) MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 293: «e) Prüfungs-Grundsatz (Legalitätsprinzip) im formellen Grundbuchrecht. Das Grundbuchamt hat bei vorzunehmenden Eintragungen die *Gesetzmäßigkeit* derselben zu prüfen».

(428) OLIVER: *op. cit.* p. 72

(429) SERNA: *op. cit.* p. 530: «Esto equivale a decir que [los Registradores] no inscriban los documentos que por cualquiera de las dichas faltas lleven en sí un vicio radical [...] porque el Registro está abierto para todos los títulos legítimos, no para aquellos que en sí mismos llevan a primera vista, y sin su profundo estudio, una nulidad que los hace ineficaces».

(430) SERNA: *op. cit. ib.*: «Calificar, significa aquí examinar, inspeccionar si el documento que se les presenta reúne las circunstancias ...».

(431) E. M., p. 261.

(432) La dimensión organizadora o formal del principio de legalidad es destacada en Suiza —*cfr.* DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 395-398 y 590-591—, donde se distingue entre una exigencia de legalidad material, consistente en la necesidad de fundamentación causal de los actos transmisivos, y una legalidad formal, consistente en el control por el Registrador de la verificación de los requisitos legalmente exigidos para la registración. También, en Alemania: *cfr.* MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: *op. cit.* p. 293: «Das Prüfungsrecht und die Prüfungsflcht beschränken sich auf das formelle Grundbuchrecht, erstrecken sich daher nicht auf das materielle Recht». En nuestra doctrina es pacífica la consideración del principio de legalidad como principio organizador, procedimental o formal: *cfr.* e. c., COSSÍO: *op. cit.*, pp. 99-100; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 56-57; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* p. 538.

(433) Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 58: «El «principio de legalidad» tiene aquí un concepto distinto (no contrario, evidentemente), del que se menciona en el art. 9.^o-3 de la Constitución. Con todo, *ad rem*. CHICO ORTIZ: *Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario*, en «La Constitución Española y las Fuentes del Derecho», T. I, (IEF) Madrid 1979, pp. 616-617: «e) *El principio de legalidad*. - Para que se efectivice el principio de seguridad jurídica o, más bien, para que el mismo pueda obrar con la necesaria garantía de autenticidad sin la dramática imposición de la verdad registral basada en una posible inexactitud, está el principio de calificación o facultad calificadora que hace posible o viable el cumplimiento de la

En la perspectiva histórico-comparada, dos eran los modelos que en materia de calificación registral se ofrecían a nuestro legislador de 1861: el prusiano, decididamente controlador del ingreso al Registro, en evitación de que éste pudiera convertirse en causa de engaño para los terceros (434), y el francés, que, dejando a la diligencia y responsabilidad de los interesados el cerciorarse de la validez de su acto adquisitivo, concedía libre entrada a todo documento depositado para ingreso en el Registro (435). La lógica de cada

legalidad al que, en forma un tanto genérica, se refiere el artículo 9.º de la Constitución. El tema está en si la Constitución se está refiriendo a ese poder o facultad que el ordenamiento hipotecario confiere o está hablando en una forma general del sometimiento de la Administración al Derecho, dentro de la cual entraría la actuación registral [...]. Al relacionar «el principio de legalidad» con los restantes que el artículo 9.º establece, parece dar a entender que la observancia de la norma —a la cual sujeta a los ciudadanos y a los poderes públicos— se proyecta con el intento de lograr la seguridad jurídica y para los mismos es preciso la seguridad del derecho ejercida ante los Tribunales y la seguridad del tráfico apoyada en el poder calificador registral, sin perjuicio de la sanción de los poderes públicos por razones de arbitrariedad en su actuación. De no entenderlo así, habría que pensar en que las anteriores manifestaciones del «Estado de derecho» y la sujeción de los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento se refieren a otra materia de difícil precisión».

(434) Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*. «Estudios I, p. 432: «Ya la Ordenanza de 20 de diciembre de 1783 prescribía que, si bien los Colegios (Tribunales) no responden ordinariamente de la validez y autenticidad de los actos otorgados por las partes, están obligados a cuidar de que no se inscriban negocios ilegales o notoriamente ineficaces, a fin de que no se abuse de la confianza del público en la legalidad de los actos registrados por un Juez, ni se susciten pleitos o reclamaciones por la inexactitud, oscuridad u otras faltas de los documentos presentados. En su virtud, los encargados del Registro debían no solo velar porque la petición no contuviera nada contrario a las leyes, sino también examinar si en el perfeccionamiento del acto inscribible se habían observado las solemnidades prescritas para su validez y autenticidad, si los instrumentos otorgados se hallaban clara, precisa y exactamente redactados, y estaban extendidos con las formalidades y requisitos indispensables, según la diversa clase de negocios»; *Id: Principios hipotecarios. Ib.*, pp. 292-293: «Menos conocido era el *principio de legalidad* que la Ley Prusiana de 20 de diciembre de 1783 desenvolvía en el párrafo 13, capítulo primero del segundo título, imponiendo a los *Collegia* la tarea, no sólo de contrastar la licitud de la petición presentada, sino la de examinar si se habían observado las condiciones prescritas para la validez del acto inscribible, si los instrumentos habían sido redactado con claridad y exactitud, y, en fin, si se hallaban revestidos de las formalidades legales. La extensión de la responsabilidad del Registrador, por estos motivos de legalidad del negocio jurídico (*legalität des Rechtsgeschäfts*), fue elevada a principio por los especialistas germánicos...».

(435) Cfr. TROPLONG: *op. cit.* pp. 204-205: «Ceci posé, il est clair que la loi française, [...] a dû faire un choix pour éviter l'abus, et qu'elle a dû se borner à la publication des seuls actes nécessaires, en rejetant la publicité de tout ce qui n'est pas commandé par le plus impérieux besoin. Sans doute elle veut pas non plus entraver, par des investigations minutieuses, la libre circulation de la propriété. C'est pourquoi notre loi a laissé à l'Allemagne le tribunal hypothécaire, qui est chargé de constater, à la suite d'une procédure contradictoire, l'établissement de la propriété: il y a là une source de difficultés qui resteront toujours inextricables, dans un pays où, comme en France, la propriété subit tant de variations. Le droit de propriété est de trop grand prix chez nous pour être livré à des juridictions gracieuses qui en décideraient sans connaissance de cause. Cela se peut dans l'Allemagne féodale, qui se compose de grands domaines dont les divers degrés de mouvance sont parfaitement connus. En France, on serait exposé à mille erreurs, et il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer à la diligence des particuliers la diligence fautive d'un tribunal environné de pièges».

uno de estos modelos en función del significado y valor atribuido en ellos a la inscripción, resulta perceptible a primera vista: Cuando la publicidad se concibe como fundamentadora de la confianza del que va a adquirir acerca del derecho y legitimación del *tradens*, según resulta publicada, se hace necesario dar consistencia a la base de esa confianza, controlando el acceso al Registro (436); por el contrario, cuando, sin asegurar la eficacia de la adquisición inscrita, se limita a robustecerla *a posteriori*, haciéndola preferente respecto de cualquier otra anterior no inscrita, basta, sin necesidad de control específico alguno, con dar libre entrada al Registro a cualquier acto adquisitivo (437). Ante dicha alternativa, y en razón del valor atribuido a la publicidad en nuestro Derecho, no resulta dudoso que nuestro legislador había de alinearse con el modelo prusiano (438). De todos modos, la evolución posterior de las líneas germánica y francesa determinará que, en el actual Derecho, la plasmación española del principio de legalidad presente intensidad y perfiles propios, llegando a constituir nuestra calificación registral un modelo (439) al cual se acercará posteriormente el sistema suizo.

(436) «En matière de registres publics, —afirma DESCHENAUX: *op. cit.* p. 396— l'étendue du pouvoir de contrôle dépend de la portée que la loi attribue à une inscription. Plus grande est cette portée, plus large sera l'examen auquel le préposé pourra et devra procéder». La idea se impone por sí misma y puede vérsela expuesta en el común de nuestra doctrina. *Cfr.*, e.c., CAMPUZANO: *op. cit.* p. 64; GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad. cit.* pág. 434, quien la expone en términos que tras él repetirán incluso literalmente algunos de nuestro autores: «En efecto, si la inscripción en nuestra patria no reviste el carácter de sentencia definitiva y firme, ni goza de la fuerza atribuida a la cosa juzgada, crea una situación privilegiada, superior a las protecciones posesorias y a las presunciones emanadas de la titulación auténtica, y el Registrador, órgano encargado de esta metamorfosis, debe resolver sobre la existencia y extensión del derecho inscribible, en un procedimiento hipotecario que asegure la concordancia del Registro y de la realidad jurídica. De otro modo, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios». DE CASSO: *op. cit.* pp. 178-179; COSSÍO: *op. cit.* p. 99; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 146; DíEZ-PICAZO *op. cit.* p. 315; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 57; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales ... cit.*, p. 539: «El rigor del procedimiento es la base de la eficacia del Registro».

(437) Vale aquí la razón aducida por TROPLONG: *op. cit.* p. 291, para excluir el requisito de titulación auténtica: «La transcription n'influe en rien sur la validité d'un titre, elle le fait simplement connaître [...] Le but, qui est de ne pas laisser ignorer aux tiers un acte qui les intéresse, sauf à eux en discuter la valeur, ne sera-t-il pas parfaitement atteint par la transcription d'un acte sous seing privé?». Sobre ello, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés, cit.* p. 755: «La ausencia de poderes más amplios y del principio de legalidad es congruente con la ausencia en el sistema francés del principio de exactitud registral: no es necesario que el Registrador juzgue sobre la validez de los títulos, porque el Registro no se deducirá presunción alguna sobre la existencia y contenido de los derechos».

(438) Ya del Anteproyecto de 1848 así lo afirma OLIVER: *op. cit.* pág. 52: «Con esto el Anteproyecto aceptó el gran principio conocido entre los juristas alemanes con el nombre de *principio de legalidad*, que con los de la *publicidad* y *especialidad* constituyen las tres grandes bases en que descansa el sistema inmobiliario alemán».

(439) CARRETERO: *Los principios hipotecarios... cit.* p. 44: «Otra materia donde el estudio comparado de todas las legislaciones puede ofrecer insospechadas consecuencias es la referente a la calificación registral. En ella, los españoles tendrán mucho que decir y enseñar, porque, a mi juicio, la calificación en el sistema español vigente es la más completa y exigente del mundo; abarca, como dijo don JERÓNIMO, lo divino y lo humano, y viene a ser tanto la grandeza como la servidumbre del Registrador español».

En efecto, mientras Francia —aunque sin llegar nunca a exigir el examen de fondo— evoluciona desde su posición inicial hacia otra donde se admite alguna forma de control de entrada al Registro (440), Alemania, en sentido inverso, manteniendo el principio de control o examen, limita éste al campo de lo puramente procedimental o adjetivo (441), y, en razón de la abstracción del acuerdo transmisivo, deja fuera de su alcance la verificación de la legalidad y validez del contrato-*causa* de la transmisión (442). Tan llamativa es la evolución, sobre todo la alemana, que en nuestra doctrina CARRETERO ha llegado a plantear si, desde el punto de vista comparatista, el «escamoteo del *Causalgeschäft* al Registrador» no será algo bien próximo a la negativa francesa a entrar en la validez de fondo de los actos inscribibles (443). Sea de ello lo que fuere —probablemente

(440) Comentando la reforma francesa de 1955, PEÑA: *op. ant. cit.*, p. 755: «Tras la reforma han aumentado los poderes del Registrador, pero se conciben todavía como excepcionales y referidos al control de ciertas condiciones especialmente exigidas, bien por considerarse necesarias a la mecánica registral o bien por otras razones especiales. El Registrador nunca juzga, en principio, sobre la validez de los títulos y existencia de los derechos, es decir, esta ausente del sistema francés el principio de legalidad». En la doctrina francesa, MAZEAUD: *op. cit.* p. 563: «*Le conservateur n'a pas qualité pour apprécier la validité d'un acte, le droit du disposant ou la capacité des parties. Les rédacteurs des décrets de 1955 et du 7 janvier 1959 se sont refusés à donner à un fonctionnaire de l'Administration des finances des pouvoirs qui ne doivent appartenir qu'à un juge. Mais ils lui ont accordé des pouvoirs accrus quant au contrôle de la régularité en la forme. On a indiqué qu'il doit refuser le dépôt si le titre du disposant ou précédent titulaire n'a pas été publié. Il doit également exercer un contrôle sur les opérations qui conditionnent la publicité: rédaction d'un acte authentique, mention de la certification de l'identité des parties, désignation de l'immeuble, etc.*»; también, MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.* pp. 464-466.

(441) Así destacado por MEIKEL-IMHOF-REDEL: *op. cit.* p. 293: «Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht beschränken sich auf das formelle Grundbuchrecht, erstrecken sich daher nicht auf das materielle Recht».

(442) *Cfr.*, en nuestra doctrina, JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán*, «Estudios I, cit. pág. 111: «Sin embargo, el derecho y el deber de comprobar que incumbían al antiguo Juez territorial de Prusia, Sajonia y Altemburgo, y que se extendían al fondo *causal del asunto*, [sub. del a.] han encontrado una limitación importante en el nuevo Derecho con la cristalización independiente del negocio real en el acuerdo traslativo (*Einigung*) y el carácter abstracto del consentimiento, que generalmente dejan fuera del alcance de la censura hipotecaria la licitud y supuestos del contrato obligatorio u obligacional y aun la tradición misma. Por eso, afirma Willenbücher que no existe este principio de legalidad en el sistema actual»; también, CARRETERO: *op. cit.*, pp. 44-45: «La verdad es que el «pesado *Legalitätsprinzip*», vigente en el Derecho prusiano antes de 1872, fue suprimido por virtud de la introducción del acuerdo abstracto de las partes librado de todo el aparato de la *causa precedens*. La calificación se reduce al *Einigung* e incluso al mero consentimiento formal». Sobre el ámbito de la calificación registral en el vigente Derecho alemán, *vid.* WOLFF-REISER: *op. cit.* pp. 199-201.

(443) CARRETERO: *op. ant. cit.* p. 45: «... y la prohibición de entrar en la calificación de la validez de fondo de estas legislaciones [las latinas] acaso no esté tan lejos como parece del escamoteo del *Causalgeschäft* al Registrador, que consumó el B.G.B. (y la Ordenanza)».

el distinto enfoque de la publicidad y la diferencia de sus consecuencias, mantenidos uno y otras en cada sistema, impedirían la identificación de ambos en este punto— lo cierto es que, desde que el sistema registral alemán derivó en su actual plasmación, nuestra calificación registral, de inspiración prusiana, queda como exponente en solitario de un principio de legalidad a cuya intensidad y extensión sólo se acerca, sin identificarse con él, el régimen suizo. Se acerca éste al español, porque en Suiza, como en España, el control de entrada al Registro se extiende tanto a lo formal como a lo material, al acto directamente transmisivo y a su fundamentación causal-obligacional (444); pero no se identifica con él, porque en España la calificación registral tiene que afinarse especialmente por consecuencia de nuestra admisión del sistema de *numerus apertus* (445). Tenemos así establecida en nuestro sistema una forma de calificación registral que, extendiéndose tanto a la legalidad formal de los documentos presentados a inscripción como a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en ellos (art. 18 LH) (446), abarca, en la malhumorada hipérbole de D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, «todo lo divino y lo humano» (447), y que, supuesta la intervención del Notario en el otorgamiento del acto inscribible (*principio de titulación auténtica*), conduce a un ulterior control de legalidad, necesario, al menos, por la nueva perspectiva registral desde la que se acomete (448), y justificado para hacer del Registro de la Propiedad el instrumento que nuestro legislador concibió para asegurar la confianza que en él habían de poner los terceros adquirentes.

(444) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Código Civil suizo*, «Estudios...» I, *cit.* p. 160: «La íntima unión establecida entre el título de adquisición y el consentimiento inscribible, extiende desmesuradamente la función calificadora del encargado del Registro, que retrocede a la relación causal, como en las antiguas legislaciones basadas en el principio de legitimidad». Para la distinción en Suiza entre legalidad material y formal y, en razón de la primera, para el control de validez del título obligacional transmisivo. *cf.* DESCHENAUX: *op. cit.* pp. 395 ss., esp., 408-419.

(445) Puede observarse el contraste en DESCHENAUX: *op. cit.* p. 416: «*e*) *En particulier, les rapports juridiques non susceptibles d'inscription. Le problème de l'illicéité se pose avant tout pour la possibilité d'inscrire, d'annoter ou de mentionner le droit réel ou le rapport juridique qui est l'objet de la réquisition («inscriptibilité»). A cet égard, le pouvoir de contrôle s'exerce pleinement. Le conservateur est chargé de veiller à l'application du principe du numerus clausus, applicable aux inscriptions proprement dites, aux annotations [...] et même aux mentions [...]. Il doit tenir la main à ce que ne figurent pas dans son registre des clauses et modalités incompatibles avec le système du droit foncier suisse».*

(446) Para una autorizada y general presentación de ese contenido, *vid* Díez-PICAZO: *op. cit.* pp. 317-319.

(447) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*, *cit.*, p. 437; «... y en nuestro sistema se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano».

(448) Aunque a veces la doble calificación ha sido objeto de crítica en nuestra doctrina —*cf.* sobre ello SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 161, y DE CASSO: *op. cit.* p. 180— lo cierto es que sólo el Registrador puede disponer del dato registral justificadamente necesario para calificar por lo que resulta de los documentos presentados y «de los asientos del Registro» (art. 18 LH).

Pasando del planteamiento general al *iter* concreto de la individuación del requisito de legalidad como principio hipotecario y de su consagración legal en nuestro Derecho Inmobiliario-registral, hay que convenir con Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (449) en que fue OLIVER quien por primera vez destacó la transcendencia principal del que hoy reconocemos como principio de legalidad, y el que, a imitación de los especialistas germánicos, lo situó entre nosotros en la misma línea de los dos grandes principios, tan reiteradamente invocados y subrayadamente afirmados, de publicidad y especialidad. Ciertamente, es OLIVER quien habla de «el gran principio conocido entre los juristas alemanes con el nombre de *principio de legalidad*, que con los de *publicidad* y *especialidad* constituyen las tres grandes bases en que descansa el sistema inmobiliario alemán» (450), y quien, al mismo tiempo, lamenta el defectuoso conocimiento que de él tenían los ilustres jurisconsultos que elaboraron el Proyecto de Código Civil de 1851, quienes, incluso el mismo LUZURIAGA, aunque conscientes de su importancia (451), carecieron de un «verdadero concepto científico» del mismo y de sus «fundamentos racionales e históricos» (452). Admitido lo que de cierto hay en esta queja, también es cierto que ya en los prolegómenos de nuestra Ley Hipotecaria —arts. 60 y 127, y los que siguen a uno y otro en el Anteproyecto de 1848 (453), y art. 1883

(449) GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*. «Estudios ...» I. *cit.* pp. 292-293.

(450) OLIVER: *op. cit.* p. 52.

(451) OLIVER: *op. cit.* p. 70: «Ciertamente que no se ocultó a la clara inteligencia de LUZURIAGA y de sus colegas de Comisión la importancia de este principio y la necesaria relación en que se halla con el sistema de la Aseguración o Consolidación de la propiedad. En efecto, dice el mismo LUZURIAGA: «Por lo mismo que se han atribuido a la Inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda [...] Esto mismo requieren las leyes de los países regidos por el sistema alemán»».

(452) OLIVER: *op. cit.* pp. 71 y 72.

(453) Art. 60: «El tenedor del Registro se abstendrá, bajo su responsabilidad, de inscribir ningún título o acto si no consta la capacidad legal de la persona que lo haya otorgado, o si ha dejado de observarse en él alguna de las formalidades que las leyes requieren, según la cualidad de las personas y la naturaleza de los actos. La obligación impuesta al tenedor del Registro en este artículo se limita al examen de las formas de solemnidad del título y al de las cualidades extrínsecas de las personas, como la de mayor edad, soltería respecto de las mujeres, o la necesaria autorización, en su caso, y otras semejantes». Art. 127: «El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que se les hayan presentado, y, concluido el examen, inscribirá los que hallase correctos, devolviendo al interesado el título y uno de los ejemplares de la minuta, en que hará constar, bajo su firma, haberla transcrito en el Registro, citando el libro y página que contiene la inscripción». Sobre la base de estos artículos comentaba Don JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Principio de legalidad*, *cit.* pág. 433: «No era desconocida esta materia para D. CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, como lo demuestran las extraordinarias facultades concedidas al tenedor del Registro por los arts. 60 y siguientes, y 127 y

del Proyecto de 1851 (454)— se establecía, como requisito de la inscripción, la legalidad de los títulos inscribibles y, para su adecuado control, la actuación discernidora del tenedor del Registro, a través de la calificación registral; y que, definitivamente, en 1861 la palabra «legalidad» evoca la idea de una propiedad general y esencial del Registro (455), cuya efectividad y realidad exige del Registrador una labor de calificación de los títulos inscribibles atendiendo, tanto a las formas extrínsecas de las escrituras y a la capacidad de los otorgantes (456), como a lo que resulte previamente del Registro (457). El resultado de todo ello va a ser la instauración de un sistema que a la altura de 1944, en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, nuestro legislador interpreta «fundado esencialmente en los principios de publicidad y legalidad».

siguientes del Anteproyecto de los Títulos relativos a Hipotecas y Registro público redactado en 1848 por el mismo juriconsulto; pero acaso no tuviera «formada una idea científica, ni siquiera histórica, del gran principio de legitimidad o legalidad», al menos centraba toda su energía en la exigencia de titulación auténtica para realizar la inscripción de un acto, y no en la calificación del mismo (*cognitio causae*) por el encargado de la oficina». Con anterioridad, e igualmente a la vista de la exigencia de titulación auténtica y de la función examinadora encomendada en los preceptos transcritos al tenedor del Registro, había comentado OLIVER: *op. cit.* pp. 52-53: «Con esto, el Anteproyecto aceptó el gran principio conocido por los juriconsultos alemanes con el nombre de principio de legalidad [...] En consecuencia de este principio fundamental, el Anteproyecto otorga al Tenedor del Registro la facultad de admitir, suspender o denegar la toma de razón de los documentos presentados a inscripción, señalando el procedimiento que habrá de seguir en cada uno de estos casos. [...] Tales son, sucintamente expuestas, las principales disposiciones del Anteproyecto de Luzuriaga, en los [sic] que se desenvuelven y desarrollan los principios de la *publicidad* y de la *legalidad*, que constituyen con la *especialidad* las bases del nuevo sistema inmobiliario que se propuso introducir en España» (subs. del a.).

(454) «El tenedor del registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados; y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley». Ve consagrado en este artículo el principio de legalidad, RAMOS FOLQUES: *Lexicografía cit.* p. 150. Más ampliamente sobre ello, OLIVER: pp. 71-72, quien toma pié en la omisión de todo comentario y explicación de este artículo, y de sus complementarios, para deducir el defectuoso conocimiento de LUZURIAGA acerca del principio de legalidad.

(455) Puede comprobarse en la Exposición de Motivos, pág. 307: «No debe la Comisión exponer aquí todas las medidas que propone sobre el modo de llevarlos [los Registros] para asegurar su legalidad y autenticidad».

(456) Art. 18, en su redacción originaria: «Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras».

(457) Aunque no se formule expresamente en el art. 18, resulta abiertamente de artículos como el 20, I («También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiere o grave») o, antes, el 17 («Inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble»). No pasó ello desapercibido a GÓMEZ DE LA SERNA, para quien la finalidad de la calificación es —*op. cit.* p. 530— que no se inscriban «los documentos que por cualquiera de dichas faltas lleven en sí un vicio radical que pueda conocerse sin más que por su lectura, o por las investigaciones que el mismo Registro facilite» (el subrayado es nuestro).

Llegados así al establecimiento del principio de legalidad en 1861, conviene todavía tomar nota de un dato histórico, y, a partir de él, destacar de nuevo la idea que nos viene guiando como *leit Motiv* al ocuparnos de los grandes temas del Derecho de la publicidad inmobiliaria. El dato histórico es el *in crescendo* que —en sentido inverso al de la evolución alemana— ha experimentado en nuestro sistema la afirmación del principio de legalidad y, paralelamente a él, el ámbito y la profundidad de la calificación registral. En efecto, mientras ésta se limitaba originariamente en el art. 18 de la Ley a las formalidades externas de las escrituras y a la capacidad de los otorgantes, pareciendo consistir, tal como daba a entender GÓMEZ DE LA SERNA, en un juicio superficial, limitado a la detección de nulidades que saltan a primera vista sin más que leer los documentos presentados (458), la Real Orden de 24 de noviembre de 1874 declaró que, a pesar de los términos literales de la Ley, el Registrador podía y debía entrar a calificar las formas intrínsecas de todos los títulos presentados, y posteriormente la Ley de 1909 sometió a calificación «la validez de las obligaciones de las escrituras públicas» (459), haciendo con ello indicación del ámbito que, con mayor ortodoxia hipotecarista (460), expresa hoy la Ley refiriéndose a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas» (art. 18 LH). Y tras la constatación del dato, el destacado de la idea: Efectivamente, en cada uno de sus goznes o puntos capitales es dado comprobar la peculiar fisonomía de nuestro sistema inmobiliario-registral. No se produce en él la drástica reducción de la materia some-

(458) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 530: «Esto equivale a decir que no inscriban los documentos que por cualquiera de dichas faltas lleven en sí un vicio radical que pueda conocerse sin más que por su lectura [...] porque el Registro está abierto para todos los títulos legítimos, no para aquellos que en sí mismos lleven a primera vista, y sin su profundo estudio, una nulidad que los hace ineficaces. Esto es lo que quiere la Ley, que de propósito se ha limitado a las nulidades que son patentes, sin autorizar a los Registradores a llevar más adelante sus investigaciones, ni entrar en el examen de la validez o nulidad de las escrituras bajo otros aspectos, cuya apreciación, en su caso, sólo corresponderá a los Juzgados y Tribunales cuando sean excitados por los particulares».

(459) Vid sobre ello: GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principio de legalidad*, cit. pp. 438-442; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 160-162.

(460) Para la crítica de la formulación anterior y la celebración de la nueva puede verse PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *op. cit.* p. 205. Con todo, aunque también aplaudiendo el cambio, SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 161-162: «No obstante, la validez de las obligaciones no puede afirmarse de un modo absoluto que esté excluida de la calificación. Dada la admisión de la doctrina del título y el modo en nuestra legislación para la adquisición de los derechos reales, y consistiendo el título en un contrato, es indudable que la validez del contrato cae bajo la calificación registral, en cuanto es precedente causal necesario para la validez del acto dispositivo. Mas a pesar de todo, es indudablemente acertada la posición de la Ley actual, pues con ella queda restringida a sus justos términos la calificación de las relaciones obligatorias contenidas en el título: el Registrador calificará la validez de aquellas que constituyan el contrato, pero no aquellas otras que no afecten a la eficacia y validez del título de transmisión».

tida a calificación que se operó en Alemania; porque en nuestro Derecho la publicidad y su mecanismo operativo no ha desnaturalizado el procedimiento de transmisión de los derechos reales. Mientras en Alemania la validez de lo inscrito resulta, más que de la efectiva comprobación de sus presupuestos naturales, de la amputación de éstos y de su desconexión respecto de la mutación jurídico-real a inscribir, en nuestro Derecho el sistema de título y modo respeta la natural conexión entre el contrato de finalidad traslativa y la efectividad de la transmisión que sigue a la entrega. En razón de ello, la seriedad del Registro exige llegar hasta el final en el control o examen de validez de lo que va a publicarse, extendiendo la calificación a su origen causal en el acto o contrato que constituye su título fundamentador. De otra parte, aunque en nuestro Derecho la inscripción registral no añade un adarme de validez al título inscrito (art. 33 LH), no por ello, como por esa misma razón se arguye en Francia, se va a admitir a publicidad cualquier documento a tal fin presentado al Registro. Lo que la inscripción puede y debe proporcionar al derecho inscrito es su publicidad o cognoscibilidad legal, y cuando tal publicidad se persigue con la finalidad de asegurar en el tráfico la general confianza de adquirentes e impositores, no hay más remedio que controlar la entrada de lo que en el Registro se va a publicar. No da ese control la definitiva certeza en Derecho que es propia de las resoluciones judiciales definitivas, pero tampoco sería necesario. Para cumplir su función aseguradora del tráfico de buena fe, al Registro le basta con ser apariencia de la realidad, en la que, por su seriedad y rigor —al que, entre otros elementos, contribuye la calificación registral— se pueda confiar.

8.º *Principio de prioridad-cierre*. El efecto de preclusión procesal en que consiste el cierre registral, es la natural repercusión libraria del principio de prioridad en un sistema, como el nuestro, donde el Registro se organiza sobre la base del folio real y donde la publicidad, por desencadenar efectos positivos, se somete a las exigencias del principio de legalidad. Intentamos razonarlo —suficientemente, según nos parece— al tratar de la prioridad, exponiendo los principios hipotecarios sustantivos, y distinguir en ella entre la prioridad-rango, como su manifestación material, y la prioridad-cierre, como su proyección adjetiva o formal. Valga, pues, en este lugar la remisión a lo entonces dicho.

9.º *Principio de tracto sucesivo*. Consiste el requisito del tracto sucesivo en la exigencia —tratándose, obviamente, de derechos sobre finca ya inmatriculada— de previa inscripción del derecho de quien otorga el acto cuya inscripción se solicita, y se manifiesta en otra forma de *cierre* (461) del Registro: ahora, la que excluye de él los actos

(461) La expresión aparece ya en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 548: «Al establecer la Ley el precepto que comentamos [...] cierra, en cuanto es posible, las puertas de los Registros a los actos y contratos de origen ilegítimo...».

otorgados respecto de derechos inscritos por persona distinta a quien tabularmente aparezca como su titular (art. 20 LH). Se sustancia así en la concatenación de los asientos registrales, los cuales, engarzado cada uno en el anterior y sustentando al siguiente, dibujan la línea genealógica de titulares que, como decía NÚÑEZ LAGOS (462), preserva la pureza étnica del sistema.

La exigencia de continuidad en el tracto de los asientos registrales es algo que cae por su propio peso en un Registro estructurado sobre la base del folio real (463), y en cuyo régimen la toma de razón, en virtud del principio de legalidad, se somete rigurosamente al control de la calificación registral (464). Explica ello que en nuestro sistema registral el tracto sucesivo adquiera un relieve sin paralelo en los modelos comparados; pero hace, igualmente, que en virtud de tal relieve, y por tener que convivir con otros principios igualmente intensos en nuestro sistema, plantee también problemas peculiares de identificación de sí mismo y de diferenciación respecto a los que más se le aproximan. Interesa entrar algo más en la exposición y justificación de lo dicho.

Peculiar relieve del tracto sucesivo en nuestro Derecho inmobiliario-registral: Aquí no es necesaria la justificación; basta la simple constatación. Comenzando por el modelo francés, y situándonos temporalmente en 1861, más que de diferencia habría que hablar de completa contrariedad. GÓMEZ DE LA SERNA, tan inclinado siempre al apoyo de las concordancias comparadas, tiene que admitir que nuestra exigencia de continuidad en el tracto registral, no encuentra posible paralelo en la Ley francesa de Transcripción: «las [legislaciones] que, como la francesa, dejan al interés particular la seguridad de estos derechos, y en que el Registrador no tiene ninguna inspección sobre la validez de los actos que han de inscribirse, no hay ninguna

(462) NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit. pág. 161: «En la cuenta corriente de toda finca cada título llegado al Registro ha producido un asiento. La serie de títulos inscritos ha engendrado una cadena de asientos. A este rosario de asientos se le llama *tracto sucesivo formal*. Mas cada título inscrito —y por tanto, cada asiento— lleva su titular: un sujeto de derecho a quien se atribuyen los derechos inscritos. La serie de los títulos inscritos ha producido una genealogía de titulares; a esto se llama tracto sucesivo *material* o sustantivo. Es la pureza étnica del sistema» (subs. del a.).

(463) La connaturalidad entre folio real y tracto sucesivo es afirmación muy común en nuestra doctrina; *cfr.*, por todos, DíEZ-PICAZO: *op. cit.* p. 331: «Es ésta una exigencia lógica conforme con el sistema registral de folio real o del Registro por fincas».

(464) La conexión entre tracto sucesivo y calificación registral aparece justamente destacada en GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* p. 557: «Por regla general, todas las legislaciones que dan a los Registradores o a las cámaras hipotecarias atribuciones para ejercer cierta inspección sobre las circunstancias de los contratos, les imponen también el deber de pedir los documentos de apoyo que justifiquen los derechos del enajenante para que así la nueva inscripción tenga las justificaciones necesarias a su validez y no adolezca desde luego de un vicio de nulidad».

disposición análoga al artículo que concordamos» (465). Distintas son las cosas al día de hoy: Tras la reforma de 1955 (466), y bajo la inapropiada (467) denominación «efecto relativo de la publicidad», en Francia se impone el requisito de la previa inscripción, que, en un sistema donde el Registro, aun tras la creación del fichero inmobiliario, no se lleva por fincas, y donde no hay control de fondo del título a inscribir, no puede resultar sino una pieza añadida al conjunto, con ninguna armonía (468) y muy limitado provecho (469). Por razones distintas, tampoco en el modelo germánico reviste el requisito del tracto el mismo interés que en nuestro Derecho. En efecto, salvada en el Derecho alemán la concatenación registral en las adquisiciones derivativas por gracia del carácter constitutivo atribuido a la inscripción registral, el tracto, anónimamente y sin figurar nunca en la relación de los principios registrales, apenas asoma a través de la necesidad de previa inscripción establecida en la Ordenanza del Registro (470) para

(465) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. et loc. ant. cit.*

(466) Art. 3 del Decreto de 4 de enero: *Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret.*

(467) Cfr. MAZEAUD: *op. cit.* p. 689: «Cette règle, que le législateur a improprement qualifiée «effet relatif de la publicité» ...»; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *op. cit.* p. 476: «Le décret du 4 janvier 1955 a emprunté au droit d'Alsace-Lorraine la règle malencontreusement qualifiée de règle de «l'effet relative de la publicité»».

(468) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés, cit.* pp. 753-754: «Ciertamente podría parecer un tanto inarmónico exigir el tracto sin establecer a la vez el principio de legitimación y los de legalidad y prioridad en el sentido de incompatibilidad formal. Pero no deja de tener alguna utilidad dentro del sistema francés: es una garantía del cumplimiento de la obligación de inscribir y de que el Registro está más al día en su información, ya para conocimiento de un particular o del Fisco, ya para la concordancia más actual del Catastro y del Registro».

(469) MAZEAUD: *op. cit.* pp. 558-559: «Il semble que les conséquences de la règle, telle qu'elle est posée en droit français, ne soient pas à la mesure des ambitions du législateur: dans le droit d'Alsace-Lorraine, le principe présente un intérêt pour les usagers, car chaque inscription au livre foncier donne lieu à un contrôle de la régularité, non seulement en la forme, mais au fond, par le juge du livre foncier. Au contraire, le conservateur des hypothèques ne contrôle pas la régularité quant au fond. [...] Cela ne signifie pas que l'effet relatif de la publicité soit dépourvu d'avantages en droit français [...]. Mais il serait regrettable que les usagers attribuent au principe une portée qu'il ne peut avoir, et soient ainsi détournés de s'adresser à leur notaire pour le contrôle indispensable du droit de l'aliénateur».

(470) GBO § 39 (1): «Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen ist, als der Berechtigte eingetragen ist». § 40 «(1) Ist die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so ist die Vorschrift des § 39 Abs 1 nicht anzuwenden, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlaßpflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder Nachlaßpfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. (2) Das gleiche gilt für eine Eintragung auf Grund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers oder auf Grund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels, sofern die Bewilligung oder der Titel gegen den Erben wirksam ist».

hacer llegar a éste las adquisiciones no sometidas al principio de inscripción. A la vista, pues, de los modelos comparados, resalta la antes afirmada peculiaridad de relieve del tracto sucesivo en nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria. Presente en él desde el primer momento (471) y como exigencia natural del sistema adoptado, gozando a veces de la consideración de «principio fundamental» (472), tiene que convivir en el sistema con otros tan importantes como los principios de prioridad y de legitimación.

Y va a ser aquí, justamente: en el campo de roces provocado por la convivencia, donde va a aparecer la problemática suscitada en nuestra doctrina en torno al principio de tracto sucesivo. ¿No puede, en efecto, coincidir el defecto de previa inscripción (art. 20 LH) con el adelanto en inscribir su derecho de quien pudo efectivamente hacerlo por consecuencia del descuido de otro que anteriormente había adquirido ese mismo derecho pero no se preocupó de inscribirlo (art. 17 LH) (473)? He aquí una zona de interferencia posible en nuestro Derecho e im- planteable en el originario sistema francés. E igual puede decirse a propósito del principio de legitimación: Si en virtud de la publicidad se presume dueño a quien como tal aparece inscrito, ¿qué añade al sistema el principio de tracto sucesivo? ¿Puede ni siquiera hablarse de un tal principio, o no se tratará en él más bien de un simple corolario (474) del mismo principio de legitimación? He aquí otra cuestión planteable en nuestra Derecho y a la que el sistema alemán daría tácita respuesta silenciando al tracto sucesivo en la enumeración de los principios re-

(471) Art. 20 de la Ley Hipotecaria de 1861, cuyo párrafo primero establecía: «También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave». Con anterioridad, el art. 1820 CC en el Proyecto de 1851: «No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del Registro que la persona de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre los que ha de recaer la inscripción. Sin embargo, en el caso de haberse transferido la propiedad por causa de muerte, podrá hacerse de un derecho procedente del difunto, dentro de los seis meses, contados desde el día en que se abrió la herencia».

(472) MORELL: *op. cit.*, p. 80, lo incluye, como principio sustantivo, dentro de los «primarios o fundamentales»: «3.^o El de *tracto sucesivo*: para que la historia jurídica de la propiedad aparezca como un encadenamiento lógico, en que las diversas transmisiones, derivándose unas de otras, no dejen lugar a dudas respecto la (sic) preexistencia de la cosa en el patrimonio del transferente».

(473) Para VILLARES: *op. cit.* p. 297, como vimos al tratar del principio de prioridad, tal principio está implícito en el art. 20 de la Ley Hipotecaria.

(474) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, II, *cit.*, pp. 94-95: «En este punto [justificación del tracto desde la legitimación dispositiva del titular inscrito] se situaba por la doctrina el principio del tracto sucesivo en su aspecto sustantivo; pero esto es inadmisibles, ya que de querer elevar a la categoría de principio lo que es un simple corolario, nos encontraríamos con que el tracto sucesivo es una consecuencia de la previa inscripción, pero no el fundamento de ella».

gistrales. De todos modos, en nuestra opinión no hay razón consistente para negar al requisito del tracto el carácter de principio hipotecario que la común doctrina le reconoce. Concretando más, creemos que acierta la Exposición de Motivos de 1944 cuando lo califica como principio hipotecario adjetivo o formal (475).

Que el tracto sucesivo pueda funcionar como principio compatible con el de prioridad y conviviendo con éste, resulta sin gran dificultad una vez distinguida la peculiar inspiración de cada uno de ellos y sus respectivas zonas de aplicación. La prioridad-cierre es, según hemos visto, la derivación adjetiva del principio de prioridad en un sistema registral desarrollado técnicamente, con folio real y calificación registral; pertenece, por ello, a la veta latina de nuestro sistema hipotecario. El tracto sucesivo, en cambio, es el baluarte procedimental que asegura al Registro la solidez necesaria para asentar en él los principios de legitimación y fe pública (476); se integra, por tanto, dentro del sistema en su más puro núcleo germánico (477). En razón de sus diferentes presupuestos de partida, mientras el cierre derivado de la prioridad se limita a los actos otorgados por el mismo causante de quien trae causa el adquirente ya inscrito, el cierre motivado por la falta de previa inscripción del otorgante se refiere a títulos provenientes de cualquiera que no sea quien al tiempo de solicitarse su inscripción figure en el Registro como titular con facultad para otorgarlo (478). Y por otra parte, mientras el cierre derivado de la prioridad excluye del Registro sólo a los títulos anteriores en fecha al ya inscrito, el motivado por la falta de previa inscripción se orienta a la exclusión de los posteriores (479).

(475) «En el principio formal de tracto sucesivo —dice literalmente— han sido reconocidas nuevas excepciones ...».

(476) Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 556-557: «La disposición del artículo que dejamos comentado, sólo tiene por objeto la de dar toda la validez posible al derecho inscrito, no admitiendo al Registro documentos que tengan un origen dudoso». LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 56: «Esto [la concatenación impuesta por el requisito del tracto sucesivo] representa una indudable garantía y aumenta la fiabilidad del Registro».

(477) No siempre se establece así en nuestra doctrina la relación entre ambos principios: mientras SANZ FERNÁNDEZ conecta el cierre del art. 17 con el principio de fe pública, PEÑA lo hace derivar juntamente con el tracto sucesivo, del principio de legitimación, único inspirador sustantivo de ambas formas de cierre en tal interpretación. Dice, en efecto, SANZ: *op. cit.* p. 93: «De la misma manera que [...] el art. 17 de la Ley es la manifestación formal de la fe pública, el tracto sucesivo es la manifestación formal de la presunción de titularidad que establece la legitimación registral». Y a su vez, PEÑA: *Derechos reales, cit.* p. 591: «Consecuencias registrales [de la «situación registral»].— La salvaguardia judicial de las declaraciones registrales tiene su reflejo en el mismo procedimiento registral: 1. El Registro se cierra a los títulos incompatibles, aunque sean anteriores al inscrito (cfr. art. 17-1, LH) [...] 2. El Registro se cierra a los títulos dispositivos o declarativos otorgados por persona distinta del titular registral (cfr. art 20, y I y II (sic) LH) ...».

(478) Así, e.c., NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español, cit.* p. 161, COSSÍO: *op. cit.* p. 171; SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* pp. 55-56.

(479) Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 134.

Tampoco es difícil la distinción entre tracto sucesivo y legitimación, ni la explicación de la convivencia del ambos como principios distintos en un mismo sistema, siempre que, sin perjuicio de su comunidad de fondo, se asigne a uno y otro su propio campo de juego. Que entre el tracto sucesivo y la legitimación existe comunidad de fondo es algo que aparece sin más cuando se trata de razonar el requisito legal de la previa inscripción del derecho del otorgante. GÓMEZ DE LA SERNA lo hacía en los siguientes términos al comentar el art. 20 de la Ley Hipotecaria:

«Al establecer la Ley el precepto que comentamos, guarda armonía y consecuencia con el espíritu que la domina, protege y asegura los derechos inscritos, dificulta fraudes y estafas, cierra, en cuanto es posible, las puertas de los Registros a los actos y contratos de origen ilegítimo, conserva en su integridad la historia de las fincas, impide que aparezcan títulos apócrifos mezclados en las páginas con los verdaderos evitando así el desprestigio de los libros, y por consiguiente el de la propiedad y de los demás derechos *en* las cosas inmuebles, y enseña a todos los que tengan derechos legítimos el modo fácil, sencillo y expedito de remediar la falta de la inscripción anterior y de poder hacer la del documento que llevaron a inscribir. A todas estas ventajas que produce el artículo en favor de los derechos civiles, debe añadirse otra no menos importante, y de que hemos hablado en otro lugar, a saber que por este medio indirecto empleado por la ley como algunos otros de la misma clase, se consigue que se inscriban títulos que de otro modo no se registrarían» (480).

Hay en este texto referencias, y son ciertamente las más abundantes, a la dimensión libraria y procedimental del tracto sucesivo: cierre registral, integridad de la historiografía de las fincas, preservación de las páginas del Registro frente al peligro de los títulos apócrifos, fomento de la inscripción; pero junto a ellas no faltan otras relativas a los efectos sustantivos de la inscripción: el tracto —se dice— «protege y asegura los derechos inscritos», y es que, según se indicó en el párrafo inmediatamente anterior al transcrito, «el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero» (481). La amalgama es evidente. La explicación

(480) GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.* pp. 548-549.

(481) Literalmente, dicho párrafo: «No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propiedad y los derechos reales que no están inscritos, no tienen existencia, la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus

de cualquier punto interesante en la trama de la nueva Ley provoca el alud de sus principios inspiradores. ¿En qué se está pensando ahora: en los requisitos de la inscripción a practicar, o en los efectos de la ya practicada?; ¿en el aseguramiento de la noticia registral, o en la eficacia dispositiva del acto otorgado por el ya titular inscrito? La pregunta se hace más acuciante si del texto de GÓMEZ DE LA SERNA pasamos al de la Exposición de Motivos de 1861 que, aunque perdido bajo el epígrafe *Extensión de la hipoteca*, más de cerca encara el requisito del tracto sucesivo:

«Es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial, y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar e hipotecar, concedida a los que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocido como se propone el legislador por medio de los Registros que a la propiedad inmueble se refieren» (482).

O al anterior de LUZURIAGA comentando la exigencia legal de previa inscripción:

«Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulta tener este carácter por la última inscripción; además que el Registro serviría para engañar al que, contratando con un supuesto propietario, hallase en él facilidad para inscribir su convenio si no se le advirtiera que había sido defraudado» (483).

El tracto aparece en ellos, desprovisto de cualquier otra consideración libraria, como pura derivación de lo que hoy se denomina *legi-*

disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido prever ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsora hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes [...].».

(482) E. M., p. 279.

(483) LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944.

titimación registral, aplicada al acto dispositivo cuyas resultan intentan acogerse a los libros del Registro, y sin que pueda a ciencia cierta resolverse si es el control del título inscribible lo que da solidez al contenido del Registro, o si es el valor de lo previamente inscrito lo que asegura la fiabilidad de aquello otro que, por derivar de ello, logra para sí la apertura registral.

De todos modos, que las cosas se hayan producido al modo indicado no debe causarnos gran extrañeza. Es la consecuencia de la antes indicada comunicación de fondo entre la legitimación registral y el tracto; y de la confusa captación de los principios hipotecarios en los momentos fundacionales de nuestro Registro de la Propiedad. No es, según hemos venido explicando, que se desconozcan sus grandes líneas o principios inspiradores; es, solamente, que no se da a cada uno de ellos nombre propio, ni se apura en el detalle de sus perfiles y confines. Se entiende así que mientras el hoy llamado principio de legitimación no tuvo claro y destacado reflejo en nuestra Ley Hipotecaria, la realidad no desconocida de su influjo tratara de aparecer doctrinalmente en la explicación de las normas que más de cerca se le aproximaban. En la que impone el tracto sucesivo se vio entonces consagrado el principio de legitimación (484). Por el contrario, una vez que éste

(484) Además de en los testimonios recogidos *supra*, nota 276, al tratar del principio de legitimación, puede verse ello, así como su influjo inercial en la doctrina posterior, en MORELL: *op. cit.*, pp. 371-372: «El art. 20 de la Ley es uno de los más importantes y de los que se aplican con más frecuencia. Encierra una de las bases de la Ley Hipotecaria: no hay más verdad que la que resulta del Registro. Para transmitir, para gravar, para modificar, para extinguir un derecho, es necesario que el que transmite, grava, modifica o extingue, aparezca en el Registro con facultades para ello, y así se concibe que debe ser, dado el sistema de publicidad de la Ley. Admitir otra cosa sería destruir todo el pensamiento del legislador»; CAMPUZANO: *op. cit.* pp. 300-301: «El art. 20 de la ley, al establecer el principio fundamental del tracto sucesivo en nuestro régimen hipotecario, ha procurado asegurar al inscribiente su derecho; en virtud de lo que en este precepto se ordena, cada titular de un derecho podrá disponer del que le pertenezca y sólo del que le pertenezca, es decir, únicamente de lo que preexista en su patrimonio, cumpliéndose así aquel principio clásico del derecho según el cual *nemo dat quod non habet*. [...] para apreciar y determinar con verdadera exactitud la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, se necesita un elemento o medio suficientemente seguro y público, que muestre a todos con perfecta claridad la existencia del derecho con todo su alcance y extensión, y la persona a quien pertenezca; y como ese medio o elemento solo podrá conseguirlo el Registro de la Propiedad, de aquí que la previa inscripción a favor del transferente sea requisito indispensable para juzgar la legitimidad de la transmisión»; NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad...* *cit.*, p. 161: «El tracto sucesivo engendra un asiento por emanación del anterior. El consentimiento del titular inscrito es la base del asiento inmediato siguiente. Únicamente el titular inscrito está facultado para transmitir intervivos su derecho con arreglo a las normas del Registro. Así del tracto sucesivo hemos pasado al principio de legitimación»; COSSÍO *op. cit.* p. 110: «Roca ha visto en este artículo solamente «un precepto de carácter registral, o sea, de derecho hipotecario formal». Ciertamente que en él se consagra directamente el principio del «tracto sucesivo formal»; pero tal enfoque de la cuestión, olvida el aspecto más interesante de la misma, porque es indudable que del

pasa a ocupar en el texto de la Ley el destacado lugar que le corresponde, el requisito de la previa inscripción, entrando en fase de cuarto menguante, perderá parte de la entidad que antes recibía de prestado: de manifestación del principio sustantivo de legitimación, pasa a ser simple corolario procedimental del mismo: el principio adjetivo del tracto sucesivo.

Llegar en esta línea decreciente hasta negar al tracto su categoría de principio hipotecario, sería ir demasiado lejos. Aunque sea difícil imaginar la posibilidad de un sistema con legitimación registral y sin tracto sucesivo —destacado como tal principio o embebido en la necesaria continuidad de las inscripciones constitutivas—, la existencia del tracto sin legitimación, en Francia tras la reforma de 1955 o en Italia (485), basta a demostrar la separabilidad de aquél respecto del principio de legitimación. Si a ello se añade la distinción, dentro del Derecho registral, entre el campo de lo sustantivo y el de lo adjetivo u organizador, tenemos ya expedito el camino hacia la delimitación y fundamentación del principio de tracto sucesivo. Como exigencia previa a la inscripción, traducida, cuando no se cumple, en el cierre registral, constituye criterio organizador básico o principio hipotecario adjetivo o formal. Su diferencia, entonces, respecto al de legitimación destaca con claridad: mientras la legitimación constituye un efecto o consecuencia de la inscripción registral, el tracto sucesivo consiste en un requisito de la misma; mientras aquella proyecta hacia el tráfico el respaldo dado por el Registro al derecho inscrito, éste se alza como obstáculo librario al ingreso en el Registro de derechos que ante el mismo resultan de origen dudoso y problemática consistencia. Así es como la doctrina interpreta hoy el tracto sucesivo: como principio hipotecario, y principio de carácter formal (486).

párrafo transcrito se deduce de una manera clara que la mera titularidad formal o del libro, confiere a la persona inscrita facultades de disposición, basadas exclusivamente en este hecho de *aparecer como titular hipotecario o registral* sin que la realidad extrahipotecaria pueda limitar su poder en tanto no haya conseguido constancia registral que acredite la inexactitud del asiento».

(485) El «principio della continuità delle trascrizioni» aparece consagrado en el párrafo primero del art. 2650 del *Codice*: «Nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto».

(486) Para ROCA SASTRE: *op. cit.*, I, p. 188, el principio de tracto sucesivo sería la más clara muestra de la existencia de principios netamente formales: «No creemos —dice— que se pueda ser devoto, ni mucho menos, de la virtud de esta clasificación [entre principios sustantivos o materiales y adjetivos o de procedimiento], pero sí que la confrontación de algunos principios hipotecarios revela la existencia de tal diferenciación entre ellos, como ocurre si se compara el principio de *fe pública* con el de *tracto sucesivo*, por ejemplo»; para la justificación del carácter formal del principio de tracto sucesivo, *vid.*, en el mismo ROCA SASTRE: *op. cit.* II, pp. 332-336; SANZ FERNÁNDEZ:

Ello admitido, entrar a discutir qué es primero: si el tracto, del cual derivaría la inscripción la fiabilidad que sirve de base a la legitimación registral, o la legitimación, que, por su propia virtud, justificaría la desconfianza frente a cualquier acto que no pudiera engarzarse en la cadena registral de titularidades (487) —entrar en esa discusión, decíamos— sería, en nuestra opinión, ceder al vano atractivo de un ejercicio de esgrima mental, inconsistente en sí mismo y mal planteado. En la realidad, ni el tracto es fundamento único y necesario de la legitimación, ni el solo dato de haber sido un acto otorgado por el titular inscrito basta para asegurar a éste su ingreso en el Registro. Ello advertido, tracto y legitimación, más que causa uno del otro, son ambos, aunque homogéneos entre sí, instrumentos distintos al servicio de una concepción del Registro sólidamente fundada y coherentemente articulada, cabal y completa como para poder cumplir su función publicadora de los derechos reales en condiciones de suscitar la confianza protegible de los terceros interesados en su conocimiento.

IV. EPÍLOGO: EL CARÁCTER RIGUROSAMENTE CIVIL DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Cuando en este momento, y a modo de epílogo, afirmamos el carácter rigurosamente civil de los Principios Hipotecarios no estamos pretendiendo cerrar los ojos a esa diversidad de normas de diferente naturaleza —civiles, procesales, administrativas— que permite fundamentar la autonomía didáctica y científica del llamado *Derecho*

op. cit. p. 93: «En nuestro Derecho, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 habla del principio formal de tracto sucesivo y la Ley lo regula en el art. 20, colocado entre otros del mismo carácter que regulan requisitos y forma de la inscripción. Esta sistemática es perfecta, ya que el tracto sucesivo es un mero requisito de los asientos, de carácter puro y exclusivamente formal. Es un requisito formal previo a la práctica de los asientos, que tiene su fundamento sustantivo en la legitimación registral: es la manifestación formal del principio de legitimación»; Díez-PICAZO: *op. cit.* p. 331: «El tracto sucesivo, aunque es un presupuesto importante en la mecánica del Registro, tiene solamente carácter formal y afecta exclusivamente al funcionamiento del Registro. [...] El tracto sucesivo es una exigencia de la nueva inscripción o del nuevo asiento». Es también la sistemática seguida por LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 56-57, al tratar el tracto sucesivo entre los principios formales.

(487) La cuestión aparece planteada en SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.* p. 94, y resuelta en favor de la prioridad de la legitimación: «Como he puesto de relieve en otros lugares, las facultades dispositivas que el Registro concede al titular inscrito no pueden explicarse ni justificarse a través de este principio del tracto sucesivo, sino a través de la legitimación registral: si en virtud del principio de legitimación no pueden trascender en la esfera hipotecaria más que los actos dispositivos emanados de la persona formalmente legitimada para disponer, esto es, del titular inscrito, es evidente que no podrá inscribirse ningún título sin que la persona de quien derive tenga previamente inscrito su derecho. Es decir, que no debe buscarse en el tracto sucesivo el fundamento del poder dispositivo del titular; por el contrario, es una consecuencia de él, una manifestación formal de dicho poder dispositivo».

Hipotecario (488); estamos tratando de dar expresión a la línea de continuidad entre las bases de nuestro Derecho de Cosas y los principios hipotecarios, rastreada en la exposición que precede, traduciéndola en la afirmación de la perfecta simbiosis —animación por un mismo hálito vital— del conjunto resultante de aquellas bases y su homogéneo desarrollo en los principios informadores de nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria, tanto en los sustantivos o atinentes a los efectos de la inscripción como en los adjetivos o referidos a la organización del Registro y a la práctica de la inscripción registral (489). Sin perjuicio de que la naturaleza de su núcleo permita extender el calificativo «civil» al conjunto del Derecho inmobiliario registral, lo que en este momento nos interesa dejar destacado y subrayado es que dicho núcleo pertenece en la forma más genuina al Derecho Civil; esto es: no

(488) La inadecuación entre el título y el contenido de la Ley Hipotecaria ha determinado en la materia el planteamiento de la *quaestio de nomine*. Sin entrar en ella, remitimos a su exposición en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 38-41. Sobre la diversidad de naturaleza de las normas comprendidas en la Ley Hipotecaria y la posibilidad de integrar todas ellas constituyendo una rama jurídica dotada de una cierta autonomía científica, *cf.* OLIVER: *op. cit.*, pp. 878-883; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 21-22; Díez-PICAZO: *op. cit.*, pp. 246-247; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 66-78.

(489) Sin apurar del todo en la distinción entre lo sustantivo y lo adjetivo y organizador, cabría el peligro de considerar civiles sólo a las normas relativas al efecto sustantivo de la publicidad. Algo de ello puede verse en COSSÍO: *Proyecto de Bases ...*, *cit.* p. 129: «No debe, sin embargo, pensarse que la integridad de los preceptos que hoy día se contienen en nuestra Ley Hipotecaria deban ser recogidos en el Código Civil: las normas adjetivas o formales del Derecho inmobiliario no constituyen propiamente Derecho Civil, y nos atreveríamos a afirmar que ni siquiera Derecho privado. Son, fundamentalmente, normas procesales, y, por lo tanto, de Derecho público, debiendo ordenarse juntamente con las relativas a la jurisdicción voluntaria, de la cual el procedimiento hipotecario es sólo una modalidad». Sin negar la evidente existencia de normas de naturaleza procesal en el Ley Hipotecaria, debe distinguirse entre ellas y otras normas de carácter organizador y adjetivo, cuya naturaleza civil fue afirmada *in recto* y defendida, contra su consideración como administrativas, con convicción y firmeza por los juristas que tomaron parte en la elaboración de la Ley Hipotecaria, particularmente por DE LA SERNA. Sobre ello y para la opinión del propio OLIVER al respecto, *cf.* OLIVER: *op. cit.* pp. 372-382, esp. pp. 380-381: «De los testimonios anteriormente expuestos se deduce bien claramente que en opinión de cuantos juristas tomaron parte en la preparación, redacción y aprobación de la Ley Hipotecaria, las disposiciones contenidas en la misma, sin distinción alguna, así las que afectan especialmente al derecho de hipoteca, como las que tratan de la inscripción y de la organización del Registro de la propiedad, son de naturaleza esencialmente civil, y tienen su lugar propio dentro del sistema general del Derecho privado. Y por si alguno negase que los preceptos relativos al Registro de la Propiedad pertenecen también al Derecho civil, y afirmase, por el contrario, que son de índole administrativa, aduciré como principal argumento, en este lugar, uno de indiscutible autoridad, y que desde luego será decisivo y concluyente para la mayoría de nuestros juristas. Estructura este argumento en las palabras que D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, uno de los principales redactores de la expresada Ley, pronunció durante la discusión habida en el Senado, de cierto Proyecto de Ley relacionado con la Hipotecaria ...».

por simple adscripción en razón de la proximidad de materia, sino por constituir un conjunto normativo inspirado por el Derecho Civil y aplicador de principios civiles.

El sentido de nuestro planteamiento resultará más claro si lo concretamos a la vista de algunas afirmaciones —al menos un modo de hablar— producidas con cierta frecuencia en la doctrina y en la jurisprudencia. Ocurre, en efecto, que aun admitido el carácter genéricamente civil del Derecho Hipotecario, se afirma a veces, o se da por supuesta, la existencia de unos principios hipotecarios distintos a los principios civiles (490). Ejemplo de esa suposición serían expresiones como las que admiten la distinción entre un titular civil y otro hipotecario, o entre una prioridad civil y otra específicamente hipotecaria. ¿Existe la posibilidad de esas dos instancias que, simultánea y separadamente, puedan atribuir la condición de titular a personas distintas, o —tratándose de derechos inscribibles— es el llamado criterio «hipote-

(490) Así, e.c., COSSÍO: *Instituciones ... cit.* p. 15, a propósito de nuestro sistema registral: En España, dice, se adopta el patrón germánico, «aunque evitando el llegar a sus últimas consecuencias, ofreciendo el panorama de un ordenamiento doble de la propiedad y de los derechos reales, que da lugar a serias dificultades en la práctica, al entrar en colisión los principios civiles con los propiamente hipotecarios»; CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 136: «De todas maneras, las diversas consideraciones apuntadas, que nos llevan a la conclusión de estimar el Derecho inmobiliario registral como Derecho civil, no deben hacernos olvidar la circunstancia de que aquel llega en muchas ocasiones a conclusiones singularmente diferentes a las ordinarias civiles (particularmente en relación a los no intervinientes en el acto obligacional —terceros—, cuando el mismo ingresa en el Registro), por la razón de que al desarrollar profundamente una parte del Derecho civil a través de la institución del Registro, en función de los fines que persigue, y mediante el juego de principios inmobiliarios peculiares, viene a atribuir a los derechos reales, por medio de la publicidad, una eficacia civil que difiere sensiblemente de la atribuida por las normas generales del Derecho civil (adquisición *a non domino*, modificación de la regla *prior tempore potior jure*, convalidación o subsanación de los derechos inscritos en ciertos casos, etc.)». Quien mayor énfasis pone en la afirmación de la diferencia entre los principios civiles y los hipotecarios o registrales es AMORÓS GUARDIOLA, en su intento de fundamentar la autonomía del Derecho Inmobiliario Registral. Cfr. *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Madrid 1967, pp. 66-77, esp.: pp. 67: «[...] la realidad nos muestra que no son iguales las soluciones impuestas por las normas civiles y las hipotecarias; que los conflictos de intereses se regulan de manera distinta según se sitúen en el plano registral o en el meramente civil»; p. 71: «En el desarrollo del Derecho registral en nuestro país se observa la concurrencia de hecho de una serie de circunstancias que confirman la realidad de un Derecho especial independiente. Entre otras podemos recordar las siguientes: [...] c) La vigencia de unos criterios inspiradores de carácter formal, distintos de los que informan la legislación civil»; p. 73: «Lo fundamental está en la diversidad de criterios, en ser distintos los principios generales o las ideas básicas de ambas disciplinas. Las paredes maestras de ambos sistemas no coinciden, porque además pretenden finalidades distintas». Como muestra del reflejo en la jurisprudencia del modo de expresarse indicado en el texto, baste, a través de LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 209-210, la cita de la STS de 10 de febrero de 1983: «La apariencia registral convierte a dichos subadquirientes, no por Derecho civil, sino por el hipotecario finalísticamente ordenado a la seguridad del tráfico, en titulares de los locales en cuya adquisición deben ser mantenidos».

cario» el único decisorio, justamente por determinarlo así la norma civil? Lo mismo podría plantearse acerca de la prioridad: tratándose de derechos inscribibles, el criterio hipotecario que da preferencia al título antes inscrito ¿no desplaza al genérico criterio que atendería a la fecha del título, convirtiéndose él mismo en el único criterio —civil— aplicable en tal caso? En nuestra opinión, la diferencia entre principios civiles y principios hipotecarios podría tener, quizás, algún fundamento en nuestro Ordenamiento si, como también en ocasiones se dice, el Derecho Hipotecario tuviera como materia «la forma de constitución, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas reales que tienen por objeto un bien inmueble, una finca» (491). Sería entonces cuando, existiendo dos instancias normativas reguladoras de una misma realidad mediante la aplicación de criterios diferentes, podría hablarse de esa «duplicidad de ordenamientos inmobiliarios» en que consistiría «el mal de origen de nuestra Ley Hipotecaria» (492). Pero, según entendemos, no son así las cosas en nuestro Derecho.

En efecto, teniendo en cuenta que el Código Civil, al establecer el régimen de la propiedad y de los demás derechos reales, remite a la Ley Hipotecaria haciendo suyo lo establecido en ella en cuanto a la oponibilidad de tales derechos reales a terceros (arts. 605-608, en general, y para supuestos concretos, e.c., arts. 164, 192, 214, 462, 647, 975, 977, 1124, 1333, 1510, 1537, 1549, 1571, 1875, 1880), y que, a su vez, la Ley Hipotecaria, al regular la publicidad inmobiliaria da por supuesto y deja a salvo lo que constituirá el régimen civil que «de suyo» corresponde a los derechos reales y a su efectividad *inter partes*, la conclusión no puede ser otra sino que en nuestro Derecho no existe, materialmente hablando, esa duplicidad de regímenes que con tanta frecuencia ha puesto a cavilar a nuestra doctrina (493), sino que lo que simplemente en él se produce —como en cualquier otro sistema, en mayor o menor medida— es una dualidad de situaciones inmobiliarias posibles, según estén o no estén inscritas, reguladas éstas de consuno por el conjunto armónico del Código Civil y la Ley Hipotecaria (494).

(491) Así, Cossío: *op. cit.* pp. 5-6.

(492) También Cossío: *op. cit.* p. 67.

(493) Clásico ya en la materia, DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *Dualidad legislativa...* *cit.*; para el estado actual de la cuestión, *vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.* pp. 315-335. En el sentido del texto, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* p. 47: «Los codificadores no quisieron, pues, derogar el contenido civil de la Ley de 1861, ni hacerla supletoria del Código, sino que, al promulgarse éste, por virtud de su art. 608, la Ley debía seguir rigiendo juntamente con él, y como si sus reglas formasen parte del mismo [...] Hoy la Lh., en su parte sustantiva [...] sigue siendo [...] un trozo del Código Civil [...]. No hay, así, problema de precedencia entre uno y otra, por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa [...]».

(494) Así, nos parece, aunque literalmente hablando de «dualidad de regímenes», LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.*: «Cuestión distinta es la de la dualidad de regímenes: uno para la propiedad inmatriculada, y otro para la que no lo está. En efecto, a ésta se aplica el Cc., y a aquella, además, la LH. Pero esto no implica rango distinto de unos y otros preceptos, y sí simplemente la existencia (o no) de un supuesto de hecho que hace posible la aplicación (o no) de ciertas normas» (sub. de los aa.).

Ambos cuerpos normativos, de los cuales el segundo se destaca y adelanta en el tiempo por las circunstancias sobradamente conocidas de nuestra codificación civil (495), intercomunicados entre sí y suponiéndose el uno al otro, terminan por componer un sistema regulador unitario, en cuyo conjunto lo «hipotecario», o inmobiliario-registral, se integra como la parte en el todo (496). Siendo ello así, la afirmación, también extendida y exacta en gran parte, de que la Ley Hipotecaria es una «ley de terceros» (497), no implica como correlativo necesario que el Código Civil sea el cuerpo llamado a establecer exclusivamente el régimen *inter partes* de los derechos reales (498). Tan civil es la norma

(495) Testimonio explícito de la contingencia histórica, en el Preámbulo del RD. de 8 de agosto de 1855, por el que se mandó redactar una Ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial: «Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la razón, porque [...] Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace ya tiempo la reforma a no haberse creído que el Código civil era el lugar más oportuno para verificarla, y nada habría que oponer a este aserto si la complicación inevitable de la obra y las dificultísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de las leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía, permitiera llevar en breve término a las Cortes el proyecto de Código Civil. Pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio [...]. Una Ley especial, a cuyo progreso se dedique con preferencia la Comisión que V.M. tiene nombrada para formular el Código Civil, satisfará necesidad tan apremiante, sin que este pensamiento altere de modo alguno el de la formación de los Códigos; no haciendo más que anteponer, por especiales y poderosos motivos, lo que por de más urgencia no puede dilatarse sin inconvenientes gravísimos».

(496) La idea de la unidad ideal entre Código Civil y Ley Hipotecaria, o, más exactamente, entre Código Civil y Derecho de la publicidad inmobiliaria, aparece en la Exposición de Motivos de 1861, pág. 239, al darse en ella razón de la extensión y detallismo de la Ley Hipotecaria: «Si la legislación hipotecaria estuviera comprendida en un código civil cuyas partes guardasen entre sí la unidad y correspondencia necesarias, sin duda muchas de las disposiciones que están escritas en el proyecto no se encontrarían en el título del código consagrado especialmente a las hipotecas, sino que estarían diseminadas en toda la obra. Si existiendo un código civil homogéneo en todas sus partes, se tratara para completarlo de establecer una ley especial de hipotecas, tampoco sería necesario dar tanta extensión a la obra; en el código civil se encontraría considerable número de las disposiciones a que se da cabida en el proyecto. [...] Pero nada de esto sucede: [...]».

(497) Como se sabe, a esa caracterización de la Ley Hipotecaria formuló algún reparo la Exposición de Motivos de 1944: «El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales, las modificaciones del art. 35, y las demás propuestas, dan a la inscripción tal alcance y a sus titulares privilegios tan destacados en la esfera civil y procesal, que hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación de *o para terceros*».

(498) *Vid.* esa correlación, c.c., en CHICO ORTIZ: *op. cit.* p. 53: «d) *Legislación de terceros*.- Así se la denominó por entonces y esta acepción la recoge LÓPEZ PALOP al decir que en ella se distinguen con toda precisión relaciones entre partes regidas por el Código Civil y efectos en cuanto a terceros, regidos por la legislación hipotecaria».

que impone la eficacia *inter partes* del pacto creador, configurador, transmisivo o extintivo de los derechos reales (presupuesta siempre y respetada en la Ley Hipotecaria: art. 32, principalmente y en forma general; art. 144 para la hipoteca) como la que supedita a la publicidad registral su oponibilidad respecto a terceros que lo desconozcan (arts. 606, 1510 ... CC). La supeditación de la oponibilidad a terceros de las situaciones jurídico-reales de carácter inmobiliario a su cognoscibilidad legal a través de la publicidad registral —*ratio essendi* y contenido propio del Derecho Hipotecario (499)— es tan rigurosamente civil como la supeditación paralela de las situaciones jurídico-reales de carácter mobiliario a su publicidad posesoria (art. 464 CC) (500) o, a veces, registral (art. 23 de la Ley de venta de bienes muebles a plazos, y 4 de la Ordenanza de su Registro). Nada ajeno al Derecho Civil se produce cuando en una misma realidad se distingue normativamente entre su valor *inter partes* y su irrelevancia respecto a terceros. El juego del instituto civil de la forma (art. 1280 CC) —de la que en cierta medida la publicidad registral es un modo de prolongación o desarrollo— constituye aquí la más clara prueba. Siendo todo ello así, tenemos ya justificada la afirmación antes propuesta como objeto de este epílogo: la del carácter civil de los principios hipotecarios, afirmación que, en opinión de NUÑEZ LAGOS, constituiría el primer resultado de las enseñanzas de Don JERONIMO GONZALEZ (501). Corolario de ella es el reconocimiento de que el Derecho Hipotecario es, en su esencia, Derecho Civil; parte del mismo, que, por participar de su misma naturaleza y aplicar sus mismos principios, no es susceptible de ser entitativamente distinguida ni de gozar de autonomía frente a

(499) La supeditación de las mutaciones jurídico-reales a su publicidad, en cuanto a su oponibilidad a terceros, aparece indicada en la definición de la Ley Hipotecaria, que, según su propio autor, OLIVER: *op. cit.* pp. 409-410, «es la primera que de dicha Ley se ha dado». Dice así: «La LEY HIPOTECARIA española es el conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil, comunes a toda la Nación, que fijan y organizan las condiciones generales de que depende, en cuanto a tercero, la adquisición mediata, el ejercicio y la pérdida de la Propiedad territorial y la constitución, transmisión, modificación, gravamen, ejercicio y extinción de los derechos inmobiliarios o sobre inmuebles, y las condiciones especiales de que depende de igual modo la constitución, transmisión, modificación, gravamen, efectucción y extinción del derecho de Hipoteca».

(500) El paralelo entre posesión y Registro desde el punto de vista de su función publicitaria es un lugar común en nuestra doctrina y en la comparada. Por lo que hace a la nuestra, *cfr.*, haciendo de ella la idea central de su estudio, DE ANGEL YAGÜEZ: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao 1975; para un muy autorizado exponente del planteamiento común en la materia, Díez-PICAZO: *Fundamentos ... II, cit. pp.*, esp., 246-247.

(501) NUÑEZ LAGOS: *DON JERÓNIMO, cit.*, p. 9: «Este fue un primer resultado de las enseñanzas de D. JERÓNIMO: los principios hipotecarios son principios de Derecho civil».

él (502). Desde luego esta era la idea que al respecto tuvieron los autores de la Ley Hipotecaria (503), la que quedó reflejada en su Exposición de Motivos al calificar la legislación hipotecaria como «tan interesante parte de la legislación Civil» (504), y la que mantuvieron

(502) La afirmación de la naturaleza entitativamente civil del Derecho Hipotecario no está reñida con la consideración de éste como rama científica o didácticamente separable. OLIVER, al mismo tiempo que afirma la naturaleza civil de la Ley Hipotecaria —*op. cit.*, p. 872—, no duda proponer la erección del *Derecho inmobiliario* en particular rama del Derecho: *op. cit.*, pp. 878-883. Lo mismo puede decirse de MORELL, para quien —*op. cit.* p. 78— el Derecho inmobiliario registral es una rama «dentro del Derecho inmobiliario, y, por tanto, del Derecho Civil». Al respecto, ROCA SASTRE: *op. cit.* pp. 21-22: «Respecto de las relaciones que el Derecho inmobiliario registral guarda con el *Derecho civil* ha de considerarse que aquel es un desenvolvimiento de un grupo de preceptos básicos de éste. [...] Por ello estimamos que los esfuerzos de varios hipotecaristas, entre ellos OLIVER y MORELL, dirigidos a atribuir plena sustantividad al Derecho inmobiliario registral, absolutamente separada del Derecho Civil, no pueden prevalecer por ser insuficientes las razones que para ello aducen»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, p. 23: «Por el contrario, los civilistas españoles estiman, sin discusión, que el Derecho inmobiliario forma parte del contenido del civil, incluyendo sus normas dentro del Derecho de cosas, sin hacer diversificación alguna tampoco del contenido de éste; y aun es frecuente y normal que ni siquiera se llegue a plantear este problema. Esta es, sin duda alguna, la posición más acertada. El Derecho inmobiliario no es una rama independiente del Derecho, ni siquiera puede estimársele como una de las partes en que se divide el Derecho civil; y, por lo que al Derecho español se refiere, tampoco goza de autonomía suficiente para provocar esta división dentro del Derecho de cosas»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derecho reales, cit.*, p. 537: «Puede defenderse, en cambio, la conveniencia del estudio autónomo del «Derecho Registral» como Derecho relativo a la función registral. [...] Una parte fundamental del Derecho Registral sería el Derecho del Registro de la Propiedad inmueble que, respecto del Derecho civil, está, según nuestro Derecho Positivo, en la relación de la parte con el todo. El Derecho del Registro de la Propiedad inmueble es la parte del Derecho civil constituida por las normas de la función registral relativas a este Registro». CRISTÓBAL MONTES: *op. cit.* p. 134: «En fin, para un tercer grupo de autores, el más numeroso por cierto, el Derecho inmobiliario registral no constituye sino una mera parte o aspecto del Derecho Civil. [...] Nos adherimos sin reservas a esta tercera posición que niega al Derecho inmobiliario el carácter de rama jurídica independiente dotada de propia sustantividad, ...»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 75: «Como resumen de mi opinión en este punto, [...], cabe señalar las siguientes conclusiones: 1.º *El Derecho Hipotecario es parte del Derecho Civil*, y dentro de éste, se halla íntimamente relacionado con el Tratado de Derechos Reales [...] 2.º Por lo mismo que se acaba de indicar, *el Derecho Hipotecario no tiene autonomía fuera del Derecho Civil [...]*» (subs. del a.).

(503) Cfr. OLIVER: *op. cit.* pp. 372-373: «Todos cuantos juristas tomaron parte en la preparación y redacción de esta Ley, desde el Ministro de Gracia y Justicia que en 1855 concibió el pensamiento de redactarla, hasta el que tuvo la fortuna de someter el Proyecto de la Comisión de Códigos a la deliberación de las Cortes; desde los más antiguos y más autorizados vocales de esta Comisión, hasta los Senadores y Diputados que tomaron parte en las últimas discusiones parlamentarias, todos han opinado que la Ley Hipotecaria, *toda la Ley*, tanto la parte que se relaciona directamente con el derecho de hipoteca, como la que trata de la inscripción y de la organización del Registro de la propiedad, forman parte integrante del Derecho civil» (sub. del a.).

(504) E. M., p. 224.

sus primeros comentaristas: DE LA SERNA, hablando de la publicidad registral como «materia que tan profundamente encarna en el Derecho Civil» (505), y OLIVER, definiendo a la Ley Hipotecaria como «conjunto sistemático de preceptos de naturaleza civil» (506), y advirtiendo que calificarla como *Ley especial* (507), no significa atribuirle la condición de *excepcional* (508), sino destacar que su contenido es *parcial*: que es «una ley dictada para poner en ejecución *una parte* del Código civil» (509).

A nuestro modo de ver, sólo una objeción podría oponerse al anterior planteamiento: la que resultaría de la autonomización del Derecho Registral respecto de los particulares sectores del Ordenamiento donde encuentra particular plasmación y juego efectivo. En nuestra doctrina ha sido AMORÓS quien más ha avanzado en la propuesta y abocetamiento de un Derecho Inmobiliario Registral autónomo, en tanto que integrado por normas de naturaleza distinta (civiles, administrativas, procesales y mercantiles) (510), deparador de soluciones distintas a las civiles (511), y perseguidor de fines distintos a los que procura el Derecho Civil (512).

(505) SERNA: *op. cit.*, p. 165.

(506) OLIVER: *op. cit.*, p. 409.

(507) OLIVER: *op. cit.* p. 372: «Es, finalmente, *especial* o con más exactitud, *parcial*» (subs. del a.).

(508) *Id.*, p. 394.

(509) *Id.*, pp. 406-408. La frase entrecomillada en el texto, en p. 406.

(510) AMORÓS GUARDIOLA: *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral ...*, cit. pp. 66-67: «En el Derecho Hipotecario, al lado de las normas civiles o de eficacia sustantiva, viven otras de estricto carácter administrativo (régimen administrativo de la oficina, determinación de los llamados derechos reales administrativos susceptibles de inscripción, concentración parcelaria, Ley del Suelo, etc.), procesal (baste recordar los diversos procedimientos especiales regulados en la L.H.: artículos 41, 131, expediente de dominio, expediente de liberación de cargas y gravámenes, etc.) y mercantil (aportación de bienes inmuebles a la sociedad, hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador ...). Para salvar esta heterogeneidad de normas de diversa naturaleza, los autores aplican a nuestro sistema registral la distinción alemana entre Derecho hipotecario material y formal [...] Pero esta clasificación, como tal, no es suficiente. Porque impondría agrupar en el primer sector —derecho material— realidades normativas básicas pero de origen diferente: Derecho civil, mercantil, administrativo, etc. Y porque, aunque así fuera, quedaría en pie la cuestión de ese heterogéneo contenido y la dificultad de un tratamiento civil unitario de las normas registrales».

(511) *Id.*, p. 67: «Pero es que, además, [...] la realidad nos muestra que no son iguales las soluciones impuestas por las normas civiles y las hipotecarias; que los conflictos de intereses se regulan de manera distinta según se sitúen en el plano registral o en el meramente civil».

(512) *Id.*, pp. 69-70: «Después de estas reflexiones nos parece acertado subrayar que la perspectiva del Derecho registral es diferente, aunque próxima y conexas, a la del clásico Derecho civil. Que el fin de ambos derechos no siempre coincide, por buscar una la protección de la seguridad jurídica y del tráfico mediante la creación de apariencias legitimadoras, y el otro más bien la justicia del caso concreto y la protección de la persona en cuanto tal. Y que las soluciones a que se llega a través de ambos sistemas de normas son muchas veces distintas. Lo cual produce una complejidad de situaciones y el problema práctico de su posible colisión. De cualquier manera, la interposición de la publicidad registral produce unos efectos jurídicos distintos y aun contradictorios de los que se desarrollan en el campo de las relaciones meramente civiles».

Nosotros entenderíamos mejor el intento de construir un Derecho «autónomo», *ut ita dicunt*, de la publicidad registral, en general, o, quizá más exactamente, una teoría o Parte General en la que, edificados sobre su fundamento unitario, se reunieran los elementos comunes en toda forma de publicidad registral de efectos «jurídicos», no simplemente administrativos. Nos parece, en cambio, que el concreto Derecho de la publicidad inmobiliaria, por razón de su materia, de los fines que persigue y de los principios que aplica, es Derecho rigurosamente Civil, sin que a ello sea óbice que en la Ley Hipotecaria se contengan normas de naturaleza diferente; como no es contrario al carácter civil de la propiedad privada, del contrato o del testamento, por poner los ejemplos más claros, que en torno a cada uno de ellos se produzcan interferencias o derivaciones administrativas, procesales o fiscales. De nuevo aquí es oportuno el recuerdo de la Exposición de Motivos de 1861: el carácter civil del Registro de la Propiedad aparece en ella, tanto a través de su afirmación positiva (513), como negativamente, cuando se excluye su naturaleza administrativa (514) o se razona su inadecuación para dar acogida en el tráfico de la hipoteca a figuras nacidas en el Derecho Mercantil y connaturales con los peculiares principios de éste, pero no con los del Derecho Civil (515). Nosotros lo expresaríamos

(513) E. M., p. 241: «¿Y podría ser la Ley tachada con justicia de reglamentaria? [...] La Comisión no duda responder negativamente. [...] Convencida profundamente de que todas las declaraciones que pueden atribuir, negar, aumentar o disminuir derechos civiles corresponden al legislador, ha huido de dejar al Gobierno atribuciones que en muchos puntos vendrían a hacerle árbitro de cuestiones graves en el terreno del Derecho civil ...».

(514) E. M., p. 238: «Esta manera que tiene la Comisión de considerar la Ley Hipotecaria, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del Proyecto que los Registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las dudas y cuestiones que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede con arreglo a nuestra legislación política estar subordinado a las autoridades del orden administrativo, a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la Administración activa».

(515) E. M., pp. 286-287: «Más dificultad que las materias hasta aquí examinadas, en lo que a las hipotecas convencionales se refiere, presenta la cuestión de cómo deben enajenarse o cederse los créditos hipotecarios. No podía la Comisión, al entrar en este punto, desentenderse de una opinión moderna, sostenida con energía y convicción en el terreno de la ciencia, que ha encontrado hábiles y decididos defensores y que ha llegado a ser ley en alguna nación extranjera: la de la transmisión de los créditos hipotecarios por endoso. Sus partidarios, fundándose en la grande facilidad que presenta este modo de transmitir, en la economía que produce, en los rodeos que evita, en la circunstancia de no necesitar agentes intermediarios, y en que el endoso hace que la obligación sea un valor en circulación que participa a la vez de las ventajas del crédito territorial y de las del crédito personal, creen que es una mejora palpable que da grande ensanche a la propiedad, que introduce en ella la vida y animación mercantil, y que destruyendo trabas y ahorrando gastos inútiles, proporciona al acreedor hipotecario medios expeditos para obtener su reembolso. [...] No participa de estas ideas la Comisión; cree por el contrario que está erizada de dificultades la asimilación de un contrato

a través de una idea: el Derecho de la publicidad inmobiliaria es Derecho Civil porque en materia civil, y en función de intereses civiles, aplica el principio civil de protección del tercero que de buena fe confía en la apariencia. Civil es la materia: las situaciones jurídicas inmobiliarias en su proyección hacia el tráfico; civil, el interés a proteger: el de la seguridad de adquirentes e imponentes; y civil, finalmente, el principio nuclear de la protección de la apariencia (516). En razón de este principio, al tercero no puede oponerse lo que, sin tacha de negligencia, le es desconocido; al tiempo que, positivamente, dicho tercero puede contar con la efectividad de lo que en forma objetiva se le presenta como realidad. Son, justamente, las dos caras del efecto de la publicidad registral inmobiliaria cuando ésta, por no corresponderse a la realidad de las cosas, tiene que hacer valer su propia virtud en defecto de la que en sí no tiene la titularidad publicada.

hipotecario al contrato de cambio. Nada hace el legislador con dar a una obligación civil el carácter y los efectos de una obligación mercantil, cuando la naturaleza de ellas es esencialmente diferente; la esencia de las cosas prevalece y se sobrepone a la voluntad del legislador, que sólo producirá complicaciones sin conseguir su objeto. La ley civil, como la mercantil, tiene sus condiciones indeclinables de que no es lícito separarse sin gravísimos peligros; y como las diferencias, profundas muchas veces, que hay entre ellas no son caprichosas, sino que se fundan en razones incontestables, el legislador no alcanza a borrarlas: por esto tienen hasta cierto punto una vida independiente. Si se quiere confundirlas, si se quiere llevar a las transacciones civiles principios y formas de las comerciales, se desnaturaliza el Derecho, porque se hace general lo que sólo como excepción tiene su razón de existir. Los créditos hipotecarios, como representación del territorial, no admiten por su misma naturaleza la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés a la orden [...]».

(516) Tenemos que remitirnos de nuevo en este punto a nuestro trabajo sobre *La representación aparente. Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Sevilla 1978, y a su complemento posterior: *La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia*, ADC 1982, pp. 1111-1160.